

Mastergradsoppgave

JUS398

Overføring fra tvungent psykisk helsevern til anstalt innen kriminalomsorgen

Fra særreaksjon til straff?¹

Kandidatnr:

187023

Veileder:

Linda Gröning og Jørn Jacobsen

Antall ord

34 580

(Ordtelling for hele dokumentet v/bruk av ordtellingsfunksjon: 36 139)

10.12.2012

¹ Oppgaven er skrevet ved Universitetet i Bergen, juridisk fakultet, vår og høst 2012. Oppgaven er skrevet som en del av forskningsprosjektet "Strafferettssystemets funksjonalitet", som er et samarbeidsprosjekt mellom UiB, juridisk fakultet og Bergen Forskningsstiftelse. Se for øvrig <http://www.uib.no/prosjekt/srf> for prosjektbeskrivelse, samt <http://www.uib.no/prosjekt/srf/prosjekter/overforing-fra-tvungent-psykisk-helsevern-til-anstalt-innen-kriminalomsorgen-fra-saerreaksjon-til-straff-studentprosjekt> for nærmere beskrivelse av studentprosjektet.

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	OPPGAVENS FORMÅL OG SENTRALE PROBLEMSTILLINGER	1
1.2	OPPGAVENS DISPOSISJON	2
1.3	METODISK TILNÆRMING	3
1.3.1	JURIDISK METODE, SUPPLERT MED TEORETISKE PERSPEKTIVER	3
1.3.2	SÆRSKILT OM EMK SOM RETTSKILDE	5
1.4	EMNETS AKTUALITET.....	6
1.5	AVGRENSNING AV EMNET	7
	<u>DEL I: INNHOLDET I GJELDENE RETT - VILKÅR FOR OVERFØRING.....</u>	<u>9</u>
2	<u>REGLVERKETS MOTIV OG HISTORISKE BAKGRUNN.....</u>	<u>9</u>
3	<u>SAMFUNNSVERNET – DET KOLLEKTIVE BEHOV FOR BESKYTTELSE</u>	<u>12</u>
4	<u>VILKÅR FOR OVERFØRING.....</u>	<u>15</u>
4.1	TRE VILKÅR SOM GJØR OVERFØRINGSADGANGEN SNEVER.....	15
4.1.1	INNLEDENDE BEMERKNINGER	15
4.1.2	IKKE Lenger PSYKOTISK	16
4.1.3	FORTSATT FARLIG	18
4.1.4	SÆRLIGE GRUNNER	20
5	<u>NÆRMERE OM VILKÅRET "SÆRLIGE GRUNNER"</u>	<u>20</u>
5.1	NOEN UTGANGSPUNKTER.....	20
5.2	TERSKELEN	22
5.3	VURDERINGSMOMENTENE KNYTTET TIL "SÆRLIGE GRUNNER"	24
5.3.1	HVOR LANG TID SOM HAR GÅTT SIDEN DOMMEN	24
5.3.2	GRADEN AV FARLIGHET.....	27

5.3.3	HVOR STABIL SINNSTILSTANDEN ER	31
5.3.4	HVILKE ALTERNATIVER TIL OVERFØRING SOM FORELIGGER	33
5.3.5	HVORDAN FENGSELSOPPHOLDET ANTAS Å VIRKE	37
6	<u>SÆRSKILT OM EMK I RELASJON TIL VILKÅRET "SÆRLIGE GRUNNER"</u>	40
6.1	ARTIKKEL 3 OG ARTIKKEL 5 NR. 1 BOKSTAV E I FOKUS	40
6.2	EMK ARTIKKEL 3 – FORBUDET MOT TORTUR OG UMENNESKELIG BEHANDLING	41
6.3	EMK ARTIKKEL 5 NR. 1 BOKSTAV E – RETTEN TIL FRIHET OG SIKKERHET	50
	<u>DEL II: PRINSIPPRETTET DISKUSJON.....</u>	55
7	<u>DEN POSITIVRETTLIGE DEFINISJONEN AV STRAFF.....</u>	55
7.1	STRAFFELOVEN SOM UTGANGSPUNKT – LEGALDEFINISJON OG GRUNNVILKÅR	55
7.2	EMKS DEFINISJON AV STRAFF – MATERIELLE VILKÅR SOM KAN OVERSTYRE STRAFFELOVENS DEFINISJON 59	
7.3	OVERFØRINGSADGANGEN I LYS AV DET POSITIVRETTLIGE STRAFFEBEGREP	63
8	<u>STRAFFEBEGREPET OG STRAFFENS FORMÅL I ET VIDERE TEORETISK PERSPEKTIV</u>	65
8.1	DEN TRADISJONELLE TILNÆRMING – STRAFFEN SOM ET ONDE.....	65
8.2	ABSOLUTTE OG RELATIVE STRAFFERETTSTEORIER SOM IDEALTYPISKE POSISJONER FOR STRAFFENS RETTFERDIGGJØRELSE	66
8.3	NÆRMERE OM DE ABSOLUTTE STRAFFETEORIENE (GJENGJELDELSESTEORIENE)	67
8.4	NÆRMERE OM DE RELATIVE STRAFFETEORIENE (NYTTETEORIENE)	68
8.5	PERSPEKTIVER I GJELDENE RETT.....	69
8.6	ENDRER OVERFØRINGEN REAKSJONENS KARAKTER?	72
9	<u>ØVRIGE PRINSIPIELLE BETRAKTNINGER – FOKUS PÅ HUMANITETSHENSYN</u>	73
10	<u>OPPSUMMERENDE REFLEKSJONER – ER OVERFØRINGSADGANGEN BETENKELIG?</u>	78
11	<u>LITTERATURLISTE</u>	83

1 Innledning

1.1 Oppgavens formål og sentrale problemstillinger

Tema for oppgaven er overføring av en person som er dømt til tvungent psykisk helsevern, fra helseinstitusjon til anstalt innen kriminalomsorgen. Utgangspunktet for at slik overføring kan skje er at det er avsagt dom på tvungent psykisk helsevern i medhold av Almindelig borgerlig straffelov (Straffeloven) 22. mai 1902 nr. 10 (heretter strl.) § 39 nr. 1 eller nr. 2. Siktemålet med oppgaven er først og fremst å klargjøre samt å drøfte overføringsmuligheten som gis i Lov om etablering og gjennomføring av tvungent psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) 2. juli 1999 nr. 62 (heretter phlsvl.) § 5-6. Bestemmelsen åpner for, på visse nærmere angitte vilkår, å overføre en person som er dømt til tvungent psykisk helsevern til anstalt innen kriminalomsorgen. I korte trekk kreves det at domfelte² ikke lenger er psykotisk jfr. strl. § 44 første ledd, at det eksisterer en fare for at vedkommende vil begå nye alvorlige lovbrudd, samt at øvrige kvalifiserte vilkår er oppfylt.³

Dom på tvungent psykisk helsevern som reaksjonsform har tradisjonelt sett vært atskilt fra de alminnelige straffene. Bakgrunnen for dette skillet mellom tradisjonelle straffereaksjoner og de såkalte særreaksjonene⁴ har nær sammenheng med tilregnelighetsspørsmålet i strl. § 44. Utgangspunktet etter norsk rett er at personer som blir vurdert til å være utilregnelige "på handlingstiden" jfr. strl. § 44 første ledd, er straffrie uavhengig av lovbruddets alvorlighet eller karakter. I tilfeller hvor lovbryteren viser seg å være samfunnsfarlig, har imidlertid lovgiver åpnet for et alternativt sanksjonssystem til straff., som består i særreaksjoner overfor utilregnelige lovbreakere. Dom på tvungent psykisk helsevern, har som slik

² Herunder bemerkes at begrepet "domfelt" brukes om både særreaksjonsdømte og ordinære straffedømte. Det vil imidlertid fremgå av sammenhengen hvilket av de to tilfellene det refereres til. Forarbeidene praktiserer begrepsbruken på samme måte.

³ Phlsvl. § 5-6 første ledd første punktum viser her til at "særlige grunner" må tale for overføring. I vilkåret ligger det en skjønnsmessig helhetsvurdering, hvor nærmere angitte kriterier skal ha vært vurdert, før "særlige grunner" kan anses oppfylt. Hvilke disse kriteriene er vil bli behandlet i oppgavens avsnitt 4 og 5.

⁴ Dom på tvungent psykisk helsevern jfr. strl. § 39, dom på tvungen omsorg jfr. strl. § 39 a og forvaring jfr. strl. § 39 c. Se også Se Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff*, Oslo 2001 s. 187-190, NOU 1974: 17 "Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner" samt NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner".

særreaksjon tradisjonelt falt utenfor straffebegrepet. Som sådan orienterer reaksjonsformen seg mot andre formål enn de rent strafferettslige sanksjonene. I tillegg vil innholdet i selve reaksjonsgjennomføringen skille seg markant fra hverandre. Samtidig er det verdt å merke seg at vilkårene for dom på tvungent psykisk helsevern i strl. § 39 og vilkårene for dom på forvaring i medhold av strl. § 39 c er oppsiktsvekkende like. Formålet med de to reaksjonsformene er dessuten det samme, nemlig å verne samfunnet mot farlige gjentakelsesforbrytere. Når det gjelder selve gjennomføringen av dom på tvungent psykisk helsevern, vil hovedfokus være på psykiatrisk behandling, med sikte på bedring i funksjonsevne. Straffegjennomføringen har på sin side fokus på rehabilitering, med sikte på tilbakeføring til normal fungering i samfunnet. Utgangspunktet etter norsk rett er at helsevesenet står ansvarlig for gjennomføringen av dom på tvungent psykisk helsevern.

Et grunnleggende spørsmål som oppgaven reiser er hvorvidt overføring som nevnt i phlsvl. § 5-6 og som åpner for et institusjonelt bytte fra helseinstitusjon til anstalt innen kriminalomsorgen, også medfører en endring i reaksjonens karakter. Går en her fra særreaksjon til straff? En grunnleggende forutsetning for å kunne drøfte denne problemstillingen, er en nærmere redegjørelse for straffebegrepets innhold. Oppgaven vil således belyse straffebegrepet ut fra ulike perspektiver, og hvor det i forlengelsen av disse problemstillingene, skal stilles spørsmål om overføringsadgangen av prinsipielle grunner må anses som problematisk. Når det gjelder drøftelsen ut fra de prinsipielle betraktningene, vil hovedfokus dreie seg om hvilke konsekvenser overføringen vil få for den enkelte. Vil det oppleves som problematisk å bli overført fra helseinstitusjon til anstalt innen kriminalomsorgen for den særreaksjonsdømte? Det er dessuten et spørsmål om overføringen medfører at den domfelte får svekkede vilkår ved reaksjonsgjennomføringen, som siden kan utgjøre innvendinger i forbindelse med spørsmål om humanitetshensyn er tilstrekkelig ivaretatt.

1.2 Oppgavens disposisjon

Oppgaven fremstilles, utover denne innledning, i to deler. Disse disponeres over 10 kapitler. I oppgavens del I er hovedformålet å fastlegge gjeldende rett ved hjelp av en rettsdogmatisk analyse. Tema for drøftelsen er, som nevnt over, overføring fra institusjon innen helsevesenet til anstalt innen kriminalomsorgen. Særlig fokus vil i del I bli rettet mot bestemmelsen i phlsvl. § 5-6. Sentralt i forbindelse med denne redegjørelsen, blir å fremstille hvilke momenter som ligger til grunn for vurderingen etter vilkåret "særlige grunner", og hva som må til for at denne helhetsvurderingen skal resultere i en overføring.

Del II tar utgangspunkt i de problemstillingene som reises underveis i den rettsdogmatiske drøftelsen i oppgavens del I. Det vil i tillegg reises problemstillinger sett i lys av de konklusjoner som fremkommer i del I. Oppgavens del II har som hovedsiktemål å foreta en bredere analyse av innholdet i gjeldende rett,

og vurdere om utgangspunktene er adekvate ut fra mer grunnleggende og teoretiske perspektiver på retten. Slik det allerede har fremkommet, er straffebegrepets innhold av grunnleggende betydning i dette henseende. Straffebegrepet står dessuten sentralt med tanke på spørsmålet om overføringen endrer særreaksjonens karakter. I tradisjonell forstand har skillelinjen mellom strafferettslige reaksjoner og særreaksjoner vært skarp. Begrunnelsen for at dette skillet har vært markant, er at de ulike reaksjonsformene skal ivareta forskjellige formål. Hensikten med oppdelingen er også å gi et signal om at tilregnelige og utilregnelige personer ikke skal behandles likt innen sanksjonssystemet. Selv om utgangspunktet er at tilregnelige og utilregnelige lovbrøtere ikke skal behandles likt, har lovgiver sett et behov for å innføre muligheten for at utilregnelige lovbrøtere kan overføres fra helsevesen til anstalt innen kriminalomsorgen. Hensikten med overføringsadgangen er at den skal være en sikkerhetsventil, i tilfeller hvor hensynet til samfunnsvernet trues dersom den særreaksjonsdømte skrives ut fra sykehuset. Ved å se på straffesanksjonenes opprinnelse og utvikling, skal oppgaven søke å tegne opp en grense mellom strafferettslige og ikke strafferettslige reaksjoner, og vurdere overføringsadgangen i relasjon til denne drøftelsen.

Utgangspunktet for drøftelsen i oppgavens del II er straffebegrepets forståelse i medhold av den positive retten. For å kunne gjøre en dypere analyse av spørsmålet om reaksjonens karakter endres ved overføring, innrettes oppgavens diskusjon også mot grunnleggende teoretiske posisjoner i spørsmålet om straffebegrepets innhold og straffens formål.

1.3 Metodisk tilnærming

1.3.1 Juridisk metode, supplert med teoretiske perspektiver

Når oppgaven så skal utrede gjeldende rett, orienterer den seg etter tradisjonell juridisk metode. Det vil bli tatt utgangspunkt i den naturlige språklige forståelsen av lovtekstens ordlyd, og deretter supplere tolkningen med en drøftelse ut fra de etablerte rettskildene.⁵ Diskusjonen vil således ta utgangspunkt i hva som kan utledes av en isolert forståelse av lovtekstens ordlyd, for dernest å søke støtte for tolkningen i forarbeider og rettspraksis. Teoretiske fremstillinger av tilgrensende og relevante emner som omtaler gjeldende rett, vil bli benyttet som støttelitteratur.

⁵ Med etablerte rettskilder tenker en særlig på forarbeider og rettspraksis. Se for øvrig Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Bergen 2004, Mads Henry Andenæs, *Rettskildelære*, 2. utgåve, Oslo 2009 og Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgåve ved Jan E. Helgesen. For en mer inngående drøftelse av begrepene "juridisk metode" og "rettskildelære", se: Jørn Jacobsen, "Om begrepet 'juridisk metode'", *Jussens venner* nr. 6, 2003 s. 360-375.

I oppgaven skal det særlig rettes fokus på phlsvl. § 5-6 og formuleringen "særlige grunner". Bestemmelsen må videre ses i en større sammenheng, spesielt med tanke på tilregnelighetsregelen i strl. § 44 første ledd og dom på tvungent psykisk helsevern i strl. § 39. Oppgavens problemstillinger aktualiserer dessuten en drøftelse omkring visse bestemmelser i Den europeiske menneskerettskonvensjon, særlig artikkel 3 – forbudet mot tortur og umenneskelig behandling - og artikkel 5 nr. 1 bokstav e – retten til frihet og sikkerhet.⁶ Artiklene i EMK samt de metodiske overveielsene som har særskilt betydning for konvensjonen behandles i avsnitt 1.3.2.

Idet phlsvl. § 5-6 er sparsomt behandlet både i rettspraksis og teori, vil forarbeidene st sentralt i den videre redegjørelsen av hva som må til for at overføring kan skje. Sentral i denne sammenhengen er NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner". Det vil dessuten knyttes noen bemerkninger til den forutgående utredningen NOU 1974: 17 "Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner". Disse utredningene suppleres blant annet av Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) "Om lov om endringer i straffeloven m.v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner)". Forarbeidene til ny straffelov 2005, vil dessuten gi en viss veiledning i forståelsen av hvordan straffens formål kommer til uttrykk i gjeldende rett.⁷ Med tanke på domstolspraksis har phlsvl. § 5-6 og spørsmål om overføring kun blitt aktualisert i Høyesterett ved et tilfelle den 12. juli 2011.⁸ Høyesterettsdommen, med eksemplifiseringer fra de lavere instansers domsavsigelser, vil være sentrale tolkningsfaktorer i arbeidet med nærmere å angi hvilke vurderingskriterier som utgjør en del av "særlige grunner" jfr. phlsvl. § 5-6.⁹

I tillegg til de rettskildene som er relevante for forståelsen av innholdet i gjeldende rett, vil oppgaven også reflektere omkring det nylig vedtatte kapittel 4 A i psykisk helsevernloven.¹⁰ Det nye kapitlet i psykisk helsevernloven omhandler utvidede kontrollhemler og opprettelsen av regional sikkerhetsavdeling med særlig høy sikkerhet. Bakgrunnen for at de hensyn som begrunner nytt kapittel 4 A i psykisk helsevernloven også gjør seg gjeldende ved spørsmål om overføring etter phlsvl. § 5-6, er at

⁶ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome 4 November 1950 (heretter EMK), Vedlegg 1 til Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21. mai 1999 nr. 30 (heretter mnskrl.).

⁷ Lov om straff (straffeloven) 20. mai 2005 nr. 28 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) "Om lov om straff (straffeloven)".

⁸ Rt. 2011 s. 1043.

⁹ Dom fra Bergen Tingrett 25.11.2010, Saksnr.: 10-147924MED-BBYR/03 og Gulating Lagmannsretts dom i LG-2011-2668.

¹⁰ Lovvedtak 73 (2011 – 2012).

enkelte vurderinger, hensyn og betraktninger av gjeldende rett viser seg relevante også i relasjon til oppgavens tematikk. På bakgrunn av dette, vil forarbeidene til nytt kapittel 4 A i psykisk helsevernloven bidra til å avklare enkelte problemstillinger.

I oppgavens del II vil gjeldende rett drøftes ut fra andre prinsipielle utgangspunkter enn de positivrettslige kildene. Som nevnt innledningsvis, står straffebegrepet sentralt i dette arbeidet. Analysen av straffebegrepet vil bli foretatt ut fra et dypere perspektiv enn det som følger av den positivrettslige fremstillingen alene. I dette henseende skal den prinsipielle drøftelsen foregå i forlengelsen av den rent strafferettsteoretiske diskusjonen som føres, særlig med henblikk på spørsmålet om hva som kjennetegner straff og hvordan bruken av straff rettferdiggjøres.

1.3.2 Særskilt om EMK som rettskilde

Spørsmål om rekkevidden av overføringsadgangen i phlsvl. § 5-6 diskuteres også i relasjon til aktuelle bestemmelser i EMK. Artiklene det er særlig aktuelt å løfte frem i denne sammenheng er artikkel 3 og artikkel 5 nr. 1 bokstav e. EMK artikkel 3 omhandler forbud mot tortur og umenneskelig behandling, og begrenser overføringen i den forstand at overføring ikke kan skje hvis den særreaksjonsdømte vil oppleve den institusjonelle endringen som umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Når det gjelder EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e, nedfeller artikkelen retten til frihet og sikkerhet. Artikkelen begrenser overføringsadgangen ved kun å anse frihetsberøvelse i nærmere angitte tilfeller som legitime. I tillegg aktualiseres EMK artikkel 6 i forbindelse med drøftelsen av straffebegrepet i oppgavens del II.

Ved tolkning av bestemmelsene i EMK tar oppgaven utgangspunkt i at samtlige begreper i EMK er autonome, og har en selvstendig betydning uavhengig av nasjonal rett. Ved tolkning av konvensjonsbestemmelsene i EMK tas det, som i norsk rettsanvendelse, utgangspunkt i begrepets naturlige språklige forståelse på opprinnelsestidspunktet. Samme utgangspunkt er nedfelt i Wienkonvensjonen artikkel 31 nr. 1.¹¹

¹¹ Vienna Convention on the Law of Treaties Done at Vienna on 23 May 1969. "A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose."

På grunn av at forarbeidene til konvensjonen bærer preg av "motstridende uttalelser om politiske motsetninger" er de lite brukt og tillegges kun vekt i unntakstilfellene.¹² Wienkonvensjonen artikkel 32 uttaler likevel at det forberedende arbeid til konvensjonen "may be had to supplementary means of interpretation". Uttalelsen peker på at forarbeidene er av subsidiær karakter, som supplement til ordlyden. De forberedende arbeidene vil særlig få betydning i tilfeller hvor tolkningsresultatet er tvetydig, eller i tilfeller hvor tolkningsresultatet fremstår som meningsløst eller klart urimelig.¹³ "Grundlaget for EMD's fortolkning vil ofte være en mere eller mindre udtrykkelig vurdering af, hvilke standarder der må anses for alment accepterede i navnlig Europarådets medlemsstater og folkeretten".¹⁴ Når det gjelder tolkningen av EMK vil det alltid være EMDs praksis og føringer som setter skrankene for rettsanvendelsen. EMD ser seg imidlertid ikke bundet av egen rettspraksis, på tilsvarende måte som at Høyesterett etter norsk rettstradisjon heller ikke anser seg bundet av egen praksis.¹⁵ I tråd med dette utgangspunktet, tolkes derfor bestemmelsene i EMK i lys av praksis fra EMD.

Dersom en ser bort fra at forarbeidene betyr lite i forbindelse med tolkningen av bestemmelsene i EMK, ligner rettsanvendelsesprosessen på den som ligger til grunn for norsk rett. Det er av grunnleggende betydning at de som tolker og anvender retten er lojale til bestemmelsenes ordlyd, slik at begrepene ikke strekkes for langt. I siste instans er det alltid EMD som har det avgjørende ord med tanke på hvordan EMK og de enkelte formuleringene skal tolkes. Det viktigste hensynet man må ta i fortolkningen av EMK er, som nevnt, begrepenes autonome betydning. Begrepene skal altså tolkes uavhengig av den betydning de er tillagt i nasjonal rett.

1.4 Emnets aktualitet

Psykisk helsevernloven § 5-6 er gitt lite oppmerksomhet i forarbeidene og teorien, og har knapt nok blitt brukt i rettspraksis. Overføringsadgangen har dog berøringsflate mot både strafferettslige, så vel som

¹² Jørgen Aaall, *Rettsstat og menneskerettigheter – En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 3. utgave, Bergen 2011 s. 36.

¹³ Wienkonvensjonen artikkel 32 bokstav (a) og bokstav (b).

¹⁴ Peer Lorenzen, Jonas Christoffersen, Nina Holst-Christensen, Peter Vedel Kessing, Sten Scahmburg-Müller og Jens Vedsted-Hansen, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer*, 3. udgave, København 2011 s. 23.

¹⁵ Jørgen Aaall, *Rettsstat og menneskerettigheter – En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 3. utgave, Bergen 2011 s. 42.

forvaltningsrettslige, problemstillinger. Med tanke på at regelen i phlsvl. § 5-6 ligger i grensesnittet mellom to ulike rettssystemer, blir det desto viktigere å løfte frem aktuelle problemstillinger. Spesielt viktig er spørsmålet om overføringsadgangen reiser prinsipielle betenkeligheter, slik regelen er utformet i dag.

Det er i denne forbindelse særskilt viktig å se at overføringsadgangen befinner seg i et grensesjikt mellom strafferettslige reaksjoner og særreaksjoner. Overføringsadgangen gjør det mulig å overføre en person fra det ene systemet, over i det andre. Individer som er aktuelle for overføring fra helseinstitusjon til fengselsanstalt vil lett kunne få en følelse av å havne mellom to stoler, fordi verken helsevesenet eller kriminalomsorgen ser seg mulighet til å håndtere vedkommende på en tilfredsstillende måte. Særreaksjonen dom på tvungent psykisk helsevern, består i alle tilfeller av en frihetsberøvelse, på lik linje med de alminnelige straffene fengsel eller forvaring jfr. strl. § 15. Lovreguleringer som begrenser en persons livsutfoldelse og er av inngripende karakter, må være gjenstand for etterprøvbarehet og kontroll av domstolene jfr. særlig legalitetsprinsippet gitt i Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814 (heretter grl.) § 96. Idet frihetsberøvelse representerer alvorlige inngrep i den personlige rettssfære, er det desto viktigere å være sikker på at det forvaltningsrettslige og strafferettslige regelverket fungerer i samspill med hverandre. Det er dessuten av sentral betydning at reglene lever opp til det formål bestemmelsene er forutsatt å tjene.

Det er, på et mer generelt plan, av grunnleggende betydning for individets rettssikkerhet at problematikken belyses. I løpet av oppgaven skal overføringsadgangen drøftes i lys av rent formelle og tradisjonelle, samt teoretiske og prinsipielle betraktninger. Selv om særreaksjonens formelle karakter og utforming i utgangspunktet ikke er problematisk, er det ikke dermed sagt at overføringsadgangen er uproblematisk sett fra et humanitetsperspektiv. Særlige problemer oppstår dersom den fengselsanstalten som skal motta en særreaksjonsdømt, ikke er tilstrekkelig rustet til å ivareta den særreaksjonsdømtes individuelle behov for medisinsk eller psykiatrisk behandling.

1.5 Avgrensning av emnet

Oppgaven vil i størst mulig grad begrense seg til å drøfte de problemstillingene som oppstår og reises i forbindelse med drøftelsen av overføringsadgangen i phlsvl. § 5-6. Dette betyr blant annet at det ikke vil bli stilt spørsmål ved utilregnelighetsregelen i strl. § 44, utover det som er rent praktisk nødvendig i relasjon til psykosevilkåret. Etter strl. § 44 første ledd kan man også bli straffri dersom gjerningspersonen var "bevisstløs" da handlingen ble utført. Oppgaven avgrenses også mot å behandle bevissthetstilstandene mer utførlig. Bakgrunnen for det er at de bevissthetstilstander som fører til straffrihet er såpass sjeldne, at de dermed ikke vurderes mer utførlig. Se for øvrig avsnitt 4.1.1 for en

mer uttalt begrunnelse. Betingelsene for straffrihet vil kun bli behandlet i den utstrekning det er påkrevd som ledd i forståelsen av phlsvl. § 5-6. Oppgaven vil derfor ikke gå inn i en diskusjon om hensiktsmessigheten med tilregnelighetsregelen i strl. § 44.¹⁶

Når det gjelder vilkårene for enten frivillig eller tvangsmessig innleggelse etter psykisk helsevernloven, skal det heller ikke her problematiseres vedrørende reglenes hensiktsmessighet. De aktuelle paragrafene vil kun omtales i den utstrekning det er formålstjenlig i omtalen av hvilke alternativer til overføring som foreligger, jfr. avsnitt 5.3.4. Betingelsene for ordinær innleggelse i det psykiske helsevern vil bli omtalt som en del av et større system, uten at oppgaven vil gå nærmere inn og drøfte hvert enkelt vilkår.

På strafferettens område vil hovedvekten av drøftelsene kretse om frihetsstraffene, enten fengselsstraff eller forvaring. Oppgaven vil for øvrig ikke nevne bøtestraff, hefte, samfunnsstraff eller rettighetstap, utover de innledende bemerkninger om de alminnelige straffene i medhold av strl. § 15 i avsnitt 7.1. Bakgrunnen for at frihetsstraffene særlig løftes frem, er at de har visse likhetstrekk med reaksjonen dom på tvungent psykisk helsevern. Disse likhetene er blant annet at fengsel, forvaring og tvungent psykisk helsevern, i all hovedsak dreier seg om frihetsberøvelse. Et særlig likhetstrekk mellom forvaring og særreaksjonen dom på tvungent psykisk helsevern, finner vi likevel i at formålet med begge reaksjonsformene er å ivareta samfunnsvernet. Oppgaven vil derfor fokusere på frihetsstraffene og sammenholde disse med overføringsadgangen, for på denne måten forsøke å konkludere på spørsmålet om overføringsadgangen gjør en særreaksjon til straff.

¹⁶ Se for øvrig Randi Rosenqvist, "Utilregnelighetsregelen – moden for revisjon?", *Tidsskrift for Den norske legeforening*, Nr. 7 17. april 2012 s. 843-844.

DEL I: INNHOLDET I GJELDENE RETT – VILKÅR FOR OVERFØRING

I denne delen av oppgaven skal det først og fremst fokuseres på regelen i phlsvl. § 5-6 sett i sammenheng med strl. §§ 44 første ledd og 39 nr. 1 eller nr. 2. Som rettslig skranke kommer i tillegg EMK artikkel 3 og artikkel 5 nr. 1 bokstav e. Bestemmelsene det her er vist til, spiller samtlige en helt sentral rolle ved vurderingen av om overføring kan skje eller ikke. For at phlsvl. § 5-6 i det hele tatt skal komme til anvendelse, er det en forutsetning at det allerede er avsagt dom på tvungent psykisk helsevern i medhold av strl. § 39 nr. 1 eller nr. 2. Atter en forutsetning for at dom på tvungent psykisk helsevern skal være aktuelt, er at gjerningspersonen "på handlingstiden var psykotisk" jfr. strl. § 44 første ledd. En overføring fundert i phlsvl. § 5-6 medfører ikke at det avsies noen ny dom relatert til det opprinnelige lovbruddet. Overføringen kan bare skje i forlengelsen av en allerede eksisterende dom på tvungent psykisk helsevern. Objektivt sett er det snakk om et institusjonelt bytte fra institusjon innen psykiatrien til anstalt innen kriminalomsorgen. Overføringsadgangen vil derfor ikke komme i konflikt med forbudet mot dobbelstraff i EMK tilleggsprotokoll nr. 7 artikkel 4 nr. 1.¹⁷ Phlsvl. § 5-6 muliggjør således en institusjonell endring som ledd i en pågående gjennomføring av dom på tvungent psykisk helsevern. Det er imidlertid et grunnleggende spørsmål i denne oppgaven å vurdere hvorvidt overføringens formelle utgangspunkt er adekvat. For å kunne besvare dette forutsettes dog en avklaring av mulighetene for overføring i medhold av gjeldende rett, og de vilkår som herunder må være oppfylt. Det er denne avklaringen som står i fokus i det følgende.

2 Regelverkets motiv og historiske bakgrunn

Bakgrunnen for at oppgaven herunder skal knytte noen bemerkninger til hvordan regelverket ble utviklet og fikk sin nåværende utforming, er at også historiske betraktninger har betydning i relasjon til hvordan bestemmelsene skal forstås. Historiske begrunnelser for bestemmelsene kan bidra til å avklare innholdet i regelverket, slik at det blir lettere å sette reglene i sammenheng med hverandre og regelverket for øvrig. Hovedsiktemålet er likevel å få satt regelverket i en samtidsrelevant kontekst.

¹⁷ "Ingen skal kunne bli stilt for retten eller straffet på ny i en straffesak under den samme stats domsmyndighet, for en straffbar handling som han allerede er blitt endelig frikjent eller domfelt for i samsvar med loven og rettergangsordningen i straffesaker i denne stat". For en nærmere redegjørelse om problemstillingen, se NOU 2003: 15 "Fra bot til bedring" s. 111 flg.

Muligheten for overføring fra helseinstitusjon til anstalt innen kriminalomsorgen, ble opprinnelig foreslått som en del av straffelovens § 39 b nr. 3 annet ledd.¹⁸ Foruten ikke lenger å være sinnslidende, var det etter utkastet et vilkår at forholdene gjorde overføring nødvendig. Ved spørsmål om overføring skulle man "særlig legge vekt på om anbrakte oppfører seg på en slik måte i den sosiale institusjon at han ødelegger det terapeutiske miljø".¹⁹ Lovgiver ga altså tidlig gitt uttrykk for at det i særlige tilfeller ville melde seg et behov for at helseinstitusjonen kunne overlate håndteringen av særlig utagerende og aggressive personer til anstalt innen fengselsvesenet. Slik forarbeidsuttalelsen står, tenkte man spesielt på de personer som var lite samarbeidsvillige og stod i fare for å ødelegge behandlingsopplegget for seg selv og andre, som aktuelle kandidater for overføring. Behovet for utstrakt bruk av kontroll gjorde seg særlig gjeldende i tilfeller hvor den særreaksjonsdømte hadde psykotiske trekk, og samtidig bar preg av å ha et markant karakteravvik, uavhengig av den konkrete sinnstilstand. Lovgiver anså det derfor slik at i enkelte tilfeller ville "anstalt under fengselsvesenet fremstille seg som det gunstige anbringelsessted, for eksempel hvor vedkommende har utpreget karakteravvikende ("psykopatiske") trekk, men er mer eller mindre helbredet for den psykiske lidelse som leder til straffritak. Er vedkommende særlig vanskelig (truende, eksplosiv e.l.), og utskrivning ikke kan komme på tale, vil den mest humane utvei kunne være overføring til anstalt under fengselsvesenet (...)" .²⁰

Problemstillinger vedrørende særreaksjoner og mulighet for overføring fra tvungent psykisk helsevern og til kriminalomsorgen ble på nytt reist i NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner". Adgangen til overføring ble den gang foreslått § 13f i psykisk helsevernloven av 1961.²¹ Særreaksjonsutvalget begrunnet da overføringsadgangen med at enkelte individer bar preg av å utgjøre en såpass markant fare for samfunnet, at farligheten ga grunn til et langvarig opphold i lukket avdeling.²² Oppholdet skulle da "ha en rent samfunnsbeskyttende funksjon".²³ Hovedbegrunnelsen for å innføre overføringsadgangen var at "[p]sykiatriske institusjoner vil ikke ha noe behandlingstilbud til slike personer, og de vil kunne vanskeliggjøre miljøet for de øvrige pasientene".²⁴ Særreaksjonsutvalget fremhever dernest at overføringsadgangen potensielt bryter med utgangspunktet om at de utilregnelige ikke skal straffes og at overføring til "anstalt under fengselsvesenet i medhold av § 13 f, kan vanskelig

¹⁸ NOU 1974: 17 "Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner" s. 157.

¹⁹ Ibid. s. 157.

²⁰ Ibid. s. 118.

²¹ Lov om psykisk helsevern 28. april 1961 nr. 2 (opphevet).

²² Særreaksjonsutvalget brukes som benevnelse på det utvalget som forfattet NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner."

²³ NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" s. 100.

²⁴ Ibid. s. 100.

skilles fra fengselsstraff eller forvaring (...).²⁵ For å bøte på disse grunnleggende problemene, antok man at muligheten til overføring "gjøres så snever som praktisk mulig".²⁶

Psykisk helsevernloven av 1961 ble avløst av Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern fra 1999. Bestemmelsen i phlsvl. § 5-6 er innholdsmessig den samme som det tidligere forslaget til loven av 1961 § 13 f, med de naturlige tilpasninger som er nødvendig i samspill med de tilgrensende reglene. Grunntanken bak overføringsadgangen er således, og som skal utredes videre nedenfor, samfunnsvernet mot visse personer som anses særskilt utsatt for å begå nye forbrytelser, og som er vanskelige å håndtere for helsevesenet. Overføringsadgangen er plassert i psykisk helsevernlovens kapittel 5, som dreier seg om "dom på overføring til tvungent psykisk helsevern".²⁷

Hensikten med overføringsadgangen er å overlate håndteringen av særlig vanskelige og aggressive personer, til en institusjon som har mer erfaring med å ivareta samfunnstryggheten i kraft av å holde lovbryteren innesperret i fengselsinstitusjon. Helsevesenets primæroppgave er å gi nødvendig medisinsk behandling, i den hensikt at pasientene skal bli friske. Samfunnsbeskyttelsen står med andre ord ikke sentralt hos helsevesenet, selv om de til tider er nødt til å håndtere aggressive og utagerende pasienter. Tanken med overføringen er at man "låner" fengselsvesenets institusjonelle struktur og regelverk til å håndtere særlig farlige lovbytere. Det er imidlertid en iboende forutsetning at den særreaksjonsdømte må få tilfredsstillende behandling og tilrettelagte soningsforhold, som er tilpasset den enkeltes behov. Dette understrekes også av regelverket i EMK, særlig artikkel 3 og artikkel 5 nr. 1 bokstav e, som fungerer som et tolkningsverktøy i norsk rett. EMK undergis mer utførlig behandling nedenfor.

Vilkårene for overføring fra institusjon innen det psykiske helsevern og til anstalt innen kriminalomsorgen skal drøftes mer inngående i det følgende. Det skal imidlertid i første omgang knyttes noen bemerkninger til samfunnsvernet som overordnet formål i relasjon til dom på tvungent psykisk helsevern og overføring.

²⁵ Ibid. s. 100.

²⁶ Ibid. s. 100.

²⁷ Dette er kapitteloverskriften til psykisk helsevernlovens kapittel 5.

3 Samfunnsvernet – det kollektive behov for beskyttelse

For bedre å forstå formålet med dom på tvungent psykisk helsevern, må bakgrunnen og hensikten med strl. § 39 undergis en nærmere analyse. Det er en sentral del av den videre diskusjon om overføring, at man har brakt på det rene hva som begrunner dom på tvungent psykisk helsevern. Strl. § 39 uttaler selv hva som er hovedformålet med særreaksjonen, nemlig at frihetsberøvelsen må ivareta samfunnsvernet. Bakgrunnen for at samfunnsvernet særlig løftes frem, er at det må være fare for at lovbryteren vil gjenta lignende lovbrudd som nevnt i strl. § 39 nr. 1 eller nr. 2 for at overføring skal kunne skje. Overføringen skjer altså i forlengelsen av dom på tvungent psykisk helsevern, og hovedsakelig i den hensikt å beskytte samfunnet fra den trussel den særreaksjonsdømte utgjør for miljøet rundt seg. Det skal derfor i det følgende gis en presentasjon av hensynet til samfunnsbeskyttelsen, i tillegg til bakgrunnen for at samfunnsvernet utgjør det rådende grunnvilkår ved dom på tvungent psykisk helsevern.

Tvangsinnleggelse i psykiatrisk sykehus, vil på mange måter ha likhetstrekk med en hvilken som helst annen frihetsberøvelse. Man har ikke lenger selvbestemmelsesrett over utgang, medisiner, hvor man oppholder seg osv. Forarbeidene har lagt så stor vekt på hensynet til samfunnsbeskyttelse, at de har sett det som nødvendig å etablere et supplement til tvangsinnleggelse og en mer utstrakt rett til tilbakeholdelse enn den som følger av phlsvl. § 3-5 1. ledd andre punktum.²⁸ I de tilfeller hvor det er avsagt dom på tvungent psykisk helsevern jfr. strl. § 39, skal administrative tiltak i medhold av psykisk helsevernloven hovedsakelig skje etter lovens kapittel 5.

På tross av administrative kontrollhemler i psykisk helsevernloven, har lovgiver sett nødvendigheten av å supplere dette regelsettet med muligheten til å overføre særreaksjonsdømte som viser seg spesielt vanskelige å håndtere i helsevesenet, til anstalt innen kriminalomsorgen. Begrunnelsen for dette er at det alltid vil være en liten gruppe pasienter eller lovbryttere "hvor behovet for samfunnsvern synes best ivaretatt ved en særlig reaksjon ilagt etter rettslig behandling".²⁹ Særreaksjonsutvalget fremhever på den andre siden at det ikke er mulig å avhjelpe mangler i den administrative lovgivningen med strafferettslige reaksjoner.

Det må være "nødvendig for å verne samfunnet" jfr. strl. § 39 for at dom på tvungent psykisk helsevern skal være aktuelt. Bruken av ordet "nødvendig" sier i denne forbindelse noe om terskelen for at særreaksjonen etter strl. § 39 skal kunne idømmes. Ut fra dette gir vilkåret anvisning på en streng vurdering som antyder at de forhold som pådømmes må være av en viss alvorlighetsgrad. Det må med

²⁸ For en mer utførlig drøftelse, se NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" s. 14-16, særlig punkt 3: Særreaksjoner for utilregnelige.

²⁹ Ibid. s. 72.

andre ord fremstå som presserende å beskytte samfunnet mot at vedkommende skal begå tilsvarende lovbrudd i fremtiden. Ordlyden gir imidlertid ikke noen videre veiledning når det gjelder hva som konkret ligger i begrepet "nødvendig". Formålet og hensikten med bestemmelsen i strl. § 39 er imidlertid gitt i bestemmelsen, nemlig "å verne samfunnet" jfr. strl. § 39 første ledd første punktum. At samfunnsvernet er det sentrale hensyn bak særreaksjonen bekreftes av Særreaksjonsutvalgets utredning.³⁰

Forarbeidene problematiserer hvorvidt samfunnsvernet eller hensynet til den enkelte skal være avgjørende ved den konkrete helhetsvurderingen av om den institusjonelle overføringen er hensiktsmessig. Utvalget uttaler at man ikke kan "se domfeltes behov for f.eks. å prøve seg ut i nye situasjoner uten samtidig å vurdere hvilken risiko dette vil være for samfunnet".³¹ Selv om samfunnsvernet er et legitimt hensyn å ta, må man allikevel ikke glemme at dom på psykisk helsevern er en tidsubestemt reaksjon som dreier seg om å frihetsberøve en person. Når det er snakk om så alvorlige inngrep er det rimelig å stille spørsmål ved hvilket hensyn som skal tillegges avgjørende vekt. Særreaksjonsutvalget mener på sin side at det ikke nødvendigvis er noen motstrid mellom hensynet til den enkeltes behandlingsbehov og samfunnsvernet, idet den særreaksjondømtes "interesser er også best tjent med den behandlingsform som i størst mulig grad hjelper ham til å unngå å gjøre nye farlige handlinger, med de alvorlige konsekvenser det vil ha for pasientens prognose".³²

Problematikken som dreier seg om hvorvidt samfunnsvernet skal være avgjørende, og i så tilfelle hvilken vekt behandlingshensynet skal ha, er nøye og utførlig drøftet i utredningen. Særlig interessant er utvalgets synspunkt om at behandlingshensynet ikke nødvendigvis kommer i konflikt med hensynet til samfunnsvernet. Dette baserer seg på en tankegang om at dersom den domfelte hadde vært frisk og klar over hvilke konsekvenser lovbruddet innebærer for den kollektive sikkerhet, ville man avstått fra å foreta handlingen. Det vil derfor være både for domfelte selv og samfunnet være viktig og ønskelig at særreaksjonen legger til rette for at vedkommende får den behandling som trengs for å bli frisk.

Som nevnt innledningsvis, har særreaksjonsutvalget gjort den betraktning at det i alle tilfeller vil være mest hensiktsmessig å la samfunnsvernet spille den avgjørende rolle ved vurderingen av om dom på tvungent psykisk helsevern er "nødvendig" jfr. strl. § 39. Det betyr at i ekstreme tilfeller må man se fullstendig bort fra de forhold som gjelder den enkeltes behandlingsbehov, fordi samfunnsvernet utgjør et så sterkt argument for å avskjære vedkommende fra samfunnslivet. "Den fare lovbrøytene som begår

³⁰ Ibid. s. 81.

³¹ Ibid. s. 96.

³² Ibid. s. 96.

alvorlige forbrytelser representerer for sine omgivelser, må samfunnet gis en adgang til å verge seg mot. Etter utvalgets syn må den enkeltes frihet i slike tilfeller vike på grunn av risikoen for andre. Med frihet menes her frihet fra samfunnets kontroll, herunder retten til å nekte å motta behandling”.³³

Selv om vilkåret ”nødvendig for å verne samfunnet” i strl. § 39 står på egne ben og fordrer en vurdering i seg selv, sier det også noe om hva som er formålet med reaksjonen dom på psykisk helsevern.

Forarbeidene fremhever samfunnsvernet som det sentrale og avgjørende vurderingstema for hvorvidt reaksjonsformen skal idømmes. Samme synspunkt bekreftes også av litteraturen. ”Det er samfunnsvernomsyn som grunnlegger eksistensen av instituttet, behandlingsomsyn kjem inn sekundært – når reaksjonen er grunnlegger – og styrer innholdet i reaksjonen innanfor dei rammene som den primære grunnlegginga tillet”.³⁴

At hovedpoenget med særreaksjonen er samfunnsvern, begrunnes også med at reaksjonen i seg selv vil være en belastning for den domfelte selv, samt den psykiatriske institusjon som skal ivareta vedkommende. Det skal med andre ord tungtveiende grunner til for at det skal avsies dom på tvungent psykisk helsevern. Når det gjelder den belastningen et opphold i psykiatrisk sykehus innebærer, vil frihetsberøvelsen bare være legitim i de tilfeller hvor hensynet til samfunnsvernet er hovedbegrunnelsen for reaksjonen.³⁵

I forlengelsen av samfunnsvernet som begrunnelse for dom på tvungent psykisk helsevern, skal drøftelsen nå dreie seg om de konkrete vilkårene for overføring etter phslvl. § 5-6. Det er imidlertid viktig å ha i mente at samfunnsvernet begrunner dom på tvungent psykisk helsevern, og at overføringen skjer i forlengelsen av reaksjonsgjennomføringen.

³³ Ibid. s. 71.

³⁴ Jørn RT Jacobsen, Dom på overføring til tvungent psykisk helsevern Straffeloven § 39, Bergen 2004 s. 51.

³⁵ NOU 1990: 5 ”Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner” s. 81.

4 Vilkår for overføring

4.1 Tre vilkår som gjør overføringsadgangen snever

4.1.1 Innledende bemerkninger

Psykisk helsevernloven § 5-6 første ledd består av tre nærmere angitte vilkår, som alle må være oppfylt for at overføring fra helsevesenet til anstalt innen kriminalomsorgen skal bli aktuelt. Hvert enkelt vilkår utgjør i seg selv strenge betingelser for overføring, og gir således tydelige signaler om at overføringsadgangen har til hensikt å være snever. Oppgaven skal i det følgende gi en kortfattet introduksjon av de ulike vilkårene, for så å behandle hvert enkelt vilkår mer inngående.

Innledningsvis er det av sentral betydning å fremheve at spørsmål om overføring behandles av retten etter begjæring "fra den faglig ansvarlige, jf. § 5-3" jfr. § 5-6 første ledd første punktum. Den overordnede forutsetning, og første vilkåret, for at overføring kan skje, er at "særlige grunner taler for det" jfr. § 5-6 første ledd første punktum. Videre kan "[o]verføringen bare skje når den domfeltes sinnstilstand ikke lenger er som beskrevet i straffeloven § 44 første ledd" jfr. phlsvl. § 5-6 første ledd andre punktum. Det tredje og siste vilkåret for overføring er at det må foreligge en fare for at personen på nytt vil utføre en nærmere angitt forbrytelse jfr. strl. § 39 nr. 1 eller nr. 2 jfr. phlsvl. § 5-6 første ledd tredje punktum. I det følgende vil "særlige grunner" drøftes i eget punkt, se avsnitt 5. Bakgrunnen for at vilkåret skilles ut og drøftes særskilt, er at vurderingen er sammensatt og består av flere nyanserte underliggende momenter. Det skal imidlertid først gis en innledende presentasjon av samtlige tre vilkår, i den hensikt å gi et oversiktsbilde som grunnlag for den videre drøftelse. Tanken bak å oppstille strenge betingelser for overføring er at man ikke ønsker at overføringsadgangen skal bli hyppig brukt, idet lovgiver frykter at bestemmelsen kan bli misbrukt.³⁶

De ulike vilkårene i phlsvl. § 5-6 viser til ulike perspektiver i vurderingen av om overføring er en adekvat endring av reaksjonsgjennomføringen eller ikke. Paragrafens overordnede skjønnsmessige vilkår er hvorvidt det foreligger "særlige grunner" som kan gi holdepunkter for at overføring bør skje. Det er imidlertid opp til retten å avgjøre hvorvidt begrunnelsen i tilstrekkelig grad taler for overføring jfr. § 5-6 første ledd første punktum, ved at "retten kan bestemme" at den særreaksjonsdømte skal overføres.

Anvendelsen av phlsvl. § 5-6 fordrer at individuelle rettigheter, behov og den enkeltes rettssikkerhet avveies mot strafferettssystemets behov for funksjonelle og effektive institusjonelle løsninger. Bestemmelsen vil derfor i det videre analyseres med særskilt blikk på de rettighetskonflikter som

³⁶ Ibid. s. 72.

oppstår med adgangen til overføring mellom institusjon innen det psykiske helsevern og kriminalomsorgen.

4.1.2 Ikke lenger psykotisk

Primærbetingelsen for overføring er at "domfeltes sinnstilstand ikke lenger er som beskrevet i straffeloven § 44 første ledd" jfr. phlsvl. § 5-6 første ledd andre punktum. En viktig presisering ligger i begrepsbruken "kan bare skje" i phlsvl. § 5-6, fordi den fremhever vilkåret i strl. § 44 som en absolutt forutsetning for at overføring skal være aktuelt. Bestemmelsen i strl. § 44 første ledd omtaler tilregnelighetsspørsmålet. Dersom gjerningspersonen fyller et av vilkårene som nevnt i bestemmelsens første eller annet ledd, anses vedkommende utilregnelig og kan ikke straffes. Ved utilregnelighet har man ikke adgang til å idømme vedkommende straff, idet en av grunnforutsetningene for straffbarhet er bortfalt.³⁷

Det er viktig å merke seg at phlsvl. § 5-6 kun viser til tilregnelighetsregelens første ledd, det vil si strl. § 44 første ledd. Spørsmål som dreier seg om "den som på handlingstiden var psykisk utviklingshemmet i høy grad" jfr. strl. § 44 annet ledd, vil dermed ikke bli behandlet mer utførlig i denne oppgaven. Straffeloven § 44 første ledd erklærer straffrihet for den som "på handlingstiden var psykotisk eller bevisstløs." Når det gjelder bevisstløshetstilstander er det slik at "[i] medisinsk forstand er en person bevisstløs når han ikke har evnen til å motta informasjon gjennom sine sanseorganer. Dermed kan heller ikke handlingsvalg baseres på slik informasjon"³⁸ Bevisstløsheten "kan opptre i forbindelse med hodeskader, hjernesvulster, epilepsi, forgiftninger og ikke minst i forbindelse med den atypiske alkoholrus".³⁹ Slike tilstander hører imidlertid til sjeldenhetene, og fokus i den videre drøftelse vil derfor bli lagt til drøftelsen vedrørende psykosevilkåret.

For at overføring skal bli aktuelt må den særreaksjonsdømte ikke lenger være "psykotisk" jfr. strl. § 44 jfr. phlsvl. § 5-6 første ledd andre punktum. Det første spørsmålet er derfor hva som ligger i begrepet "psykotisk" i strl. § 44 første ledd. Vurderingen skal foretas ut fra vedkommendes mentale status "på handlingstiden" jfr. strl. § 44 første ledd. Hvorvidt gjerningspersonen var tilregnelig eller ikke er avgjørende for om man kan reagere med straff eller ikke på det lovbruddet som er begått. Det er et hevdvunnet prinsipp i norsk strafferettspleie at utilregnelige lovbyggere ikke skal straffes. Tilregnelighetsvurderingen i norsk rett baserer seg på det medisinske prinsipp. Vurderingen etter det

³⁷ For en nærmere omtale av de ulike straffbarhetsvilkårene, se oppgavens del 2, særlig avsnitt 7.1.

³⁸ Ståle Eskeland, *Strafferett*, 2. utgave, Oslo 2006 s. 330.

³⁹ NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" s. 43.

medisinske prinsipp medfører at det er den medisinske diagnostiske vurderingen som er avgjørende for tilregnelighetsspørsmålet.⁴⁰ Dersom en lovbrøyer er straffri, kan det bare bli spørsmål om alternative administrative reaksjonsformer, eksempelvis dom på tvungent psykisk helsevern jfr. strl. § 39. Norsk strafferett er fundert på et syn om at den som straffes må være tilregnelig for å kunne holdes ansvarlig for sine handlinger. Det er denne ansvarliggjøringen som legitimerer staten å ilegge straff overfor den som bryter loven. I forbindelse med phslvl. § 5-6 er forutsetningen for overføring at psykosene ikke lenger er en dominerende faktor i domfeltes sykdomsbilde.

Ordlyden "psykotisk" i strl. § 44 første ledd avløste det tidligere benyttede begrepet "sinnssyk." Hensikten med å endre ordlyden var å motvirke den stigmatiserende effekten ordet sinnssyk bar med seg. Ut fra en naturlig språklig forståelse er det vanskelig å si noe konkret om hva som ligger i begrepet "psykotisk". Isolert sett fremstår det som om vilkåret her viser til en medisinsk vurdering og diagnose. Forarbeidene har imidlertid fremhevet det som sentralt for psykosebegrepet "at evnen til realistisk vurdering av ens forhold til omverden i vesentlig grad er opphevet".⁴¹ Hensikten med bestemmelsen er å favne gruppen av psykotiske lovbrøyer, samtidig skal vilkåret ta opp i seg de utilregnelige lovbrøyer som lider av annen "alvorlig sinnslidelse".⁴² Forarbeidene har som supplement valgt å gi en presiserende fortolkning ved at "[p]sykosebegrepet har tradisjonelt vært sterkt knyttet til bestemte sykdomsdiagnoser, så som schizofreni, manisk-depressiv lidelse, organiske psykoser, reaktive psykoser, og paranoide psykoser".⁴³

Dersom den særreaksjonsdømte ikke lenger utgjør en fare for samfunnet, "skal reaksjonen opphøre" jfr. phslvl. § 5-6 tredje ledd jfr. strl. § 39 b. På grunn av den fare denne spesielle persongruppen utgjør for omverdenen, har lovgiver sett det nødvendig å utforme et regelverk som gjør samfunnet i stand til å holde farlige lovbrøyer tilbake i institusjon, til tross for at de i utgangspunktet er straffrie. I og med at helseinstitusjonene i begrenset grad har erfaring med å håndtere de farligste og mest aggressive

⁴⁰ Randi Rosenqvist, *Rettspsykiatri – en introduksjon*, Oslo 2009 s. 60. Se også: NOU 1974: 17 "Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner" s. 52 flg., Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) "Om lov om endringer i straffeloven m.v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner)" s. 26 flg., NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" s. 46 flg., Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) "Om lov om straff" s. 217 flg. og Jørn Jacobsen, *Dom på overføring til tvungent psykisk helsevern – Straffeloven § 39*, Bergen 2004 s. 39.

⁴¹ NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" s. 38.

⁴² Ibid. s. 14. Ordinær tvangsinnleggelse i psykiatrisk sykehus forutsetter en alvorlig sinnslidelse jfr. phslvl. § 3-3 første ledd nr. 3.

⁴³ NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" s. 38.

individene, åpner phlsvl. § 5-6 for at disse personene kan overføres til anstalt innen kriminalomsorgen. Begrunnelsen for dette er at fengselsanstaltene har spesiell erfaring med å iverksette sikkerhetstiltak og håndtere farlige lovbyggere. Det trenger imidlertid ikke å være slik, at når den psykotiske tilstanden er bortfalt vil den særreaksjonsdømte automatisk være mentalt frisk. Mange psykiatriske diagnoser ligger tett opp mot psykosevilkåret, og kan medføre nedsatt funksjonsevne. Disse tilstandene er imidlertid ikke aktuelle som straffrihetsgrunn, og derfor heller ikke relevante for vurderingen av overføring. Fravær av psykotiske tilstander hos en særreaksjonsdømt jfr. strl. § 39 nr. 1 eller nr. 2, åpner dermed for at overføring kan skje. Forutsetningen er imidlertid at helseaspektet fortsatt utgjør det primære element i reaksjonen, idet den opprinnelige dom lyder på tvungent psykisk helsevern.

Overføring forutsetter at den særreaksjonsdømte "ikke lenger" er psykotisk jfr. phlsvl. § 5-6 første ledd annen setning jfr. strl. § 44 første ledd. Det er med andre ord ikke sykdommen som gjør at vedkommende er farlig for samfunnet.⁴⁴ Gode grunner taler for at lovgiver har sett det slik at lovbyggere som ikke lenger er psykotiske, er såpass friske at det helsetilbud fengselsinstitusjonene kan tilby er tilstrekkelig for å ivareta den enkeltes behandlingsbehov. Ut fra en slik betraktning, kan man si at psykosevilkåret har til hensikt å hindre at alvorlig sinnslidende personer havner i fengsel, fordi de har et grunnleggende behov for behandling. Når så et av grunnvilkårene for dom på tvungent psykisk helsevern jfr. strl. § 39 bortfaller, må begrunnelsen for fortsatt frihetsberøvelse søkes i andre hensyn.⁴⁵

4.1.3 Fortsatt farlig

Dersom det forutsettes at den psykotiske tilstand jfr. strl. § 44 er bortfalt, må den domfelte "fortsatt" oppfylle "[v]ilkåret om gjentakelsesfare i straffeloven § 39 nr. 1 eller nr. 2" jfr. phlsvl. § 5-6 første ledd tredje punktum, for at overføring skal bli aktuelt. Det er derfor av sentral betydning å avklare hva som ligger i vilkåret om gjentakelsesfare og hvilken funksjon vilkåret tjener i relasjon til muligheten for overføring. Av sentral betydning er det først og fremst verdt å merke seg formuleringen "fortsatt" i phlsvl. § 5-6 første ledd tredje setning. Ordbruken tyder her på at farlighetsvurderingen skal foretas på et annet tidspunkt enn den vurderingen som ble foretatt i relasjon til dom på tvungent psykisk helsevern jfr. strl. § 39 nr. 1 eller nr. 2.

⁴⁴ Legg merke til at det medisinske prinsipp forutsetter at det er sykdommen som begrunner at vedkommende utgjør en fare for samfunnet. Erkjennelse av straffrihet skjer altså med tanke på at domfelte ikke har tatt et bevisst valg ved lovbruddet (på grunn av psykosen), og dermed heller ikke kan holdes ansvarlig for handlingen.

⁴⁵ Se strl. § 39 b første ledd. Særreaksjonen dom på tvungent psykisk helsevern "kan bare opprettholdes når vilkåret om gjentakelsesfare i § 39 nr. 1 eller nr. 2 fortsatt er oppfylt".

Straffeloven § 39 nr. 1 og nr. 2 angir en rekke alvorlig og mindre alvorlige lovbrudd som krenker andres "liv, helse eller frihet". Forbrytelser som truer disse grunnleggende samfunnsverdiene, medfører at gjerningspersonen anses som farlig. Det må først og fremst foretas en vurdering av om nærmere opprimsede lovbrudd har funnet sted, og i hvilken grad det er en "nærliggende fare for at lovbryteren på nytt vil begå en alvorlig forbrytelse" jfr. strl. § 39 nr. 1. Paragrafen nevner selv hvilke momenter det særlig skal legges vekt på ved farlighetsvurderingen. Lovbruddets karakter skal dessuten ses i lys av "lovbryterens atferd, sykdomsutvikling og psykiske funksjonsevne" jfr. strl. § 39 nr. 1. I strl. § 39 nr. 2 regnes det opp en rekke mindre alvorlige lovbrudd, men hvor det må være en "nær sammenheng mellom den tidligere og den nå begåtte forbrytelsen." Også etter nr. 2 er det et tilleggsvilkår at gjentakelsesfaren med tanke på alvorlige forbrytelser er "særlig nærliggende".

Felles for strl. § 39 nr. 1 og nr. 2 er at "det stilles krav til lovbruddet og gjentakelsesfaren".⁴⁶ Uttalelsen tolkes dit hen at det må foretas en helhetsvurdering, hvor farlighet etter strl. § 39 nr. 1 eller nr. 2 betinges av at det foreligger en risiko for at de rettsgodene paragrafen er satt til å verne, reelt sett er truet. Ved vurderingen av om den særreaksjonsdømte "fortsatt" er farlig jfr. phlsvl. § 5-6 første ledd tredje setning, må det stilles spørsmål om det foreligger forhold i etterkant av domstidspunktet som bekrefter personens farlighet. "Man må således ha klare holdepunkter for at domfelte også i tilregnelig tilstand må anses som farlig".⁴⁷ Dette innebærer at den domfelte må utgjøre en alvorlig trussel for samfunnet, uavhengig av om psykosen er aktiv eller ikke. Farlighetskriteriet i phlsvl. § 5-6 første ledd tredje punktum, krever altså at den domfelte utgjør en trussel for samfunnsvernet også i tilregnelig tilstand. Etter strl. § 39 nr. 1 eller nr. 2 er betingelsen for dom på tvungent psykisk helsevern at gjentakelsesfaren i tilstrekkelig grad er til stede. En kan dermed si at dersom "retten finn at farevilkåret er oppfylt, men at det er knytta til faren for nye psykotiske gjennombrøt, må resultatet difor bli at kravet om overføring til anstalt innen kriminalomsorga ikkje kan takast til følge".⁴⁸ Selve farlighetsvurderingen må være fundert på objektive observasjoner samt de faktiske forhold. Dersom en person, objektivt sett, representerer en trussel for samfunnets trygghet og sikkerhet, forutsetter en overføring i medhold av phlsvl. § 5-6 at denne farligheten også vil være til stede uavhengig av psykosen.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) "Om lov om endringer i straffeloven m.v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner)" s. 106.

⁴⁷ NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" s. 100.

⁴⁸ Torstein Gullbrå, *Dømt til behandling – om ansvarsforholda under gjennomføringa av særreaksjonen tvungent psykisk helsevern*, Bergen 2005 s. 65.

Terskelen ligger med andre ord høyt for at en person er å anse som farlig, i tillegg til at det må kunne påvises objektive forhold som understøtter at vedkommende vil begå lignende lovbrudd i fremtiden.⁴⁹ Begrunnelsen for at farlige lovbrøttere kan holdes tilbake i institusjon, eventuelt overføres til anstalt innen kriminalomsorgen, er at samfunnet har et behov for å bli beskyttet mot personer som truer sentrale rettsstatlige verdier. At terskelen er lagt høyt understreker det som tidligere er nevnt om at overføringsadgangen er ment å være snever.

Såfram sinnstilstanden ikke lenger er som beskrevet i strl. § 44 (1), og personen likevel utgjør en alvorlig og påtakelig fare for samfunnet, er det mulig å avsi dom på overføring til anstalt innen kriminalomsorgen jfr. phlsvl. § 5-6. Selv om de ovennevnte to vilkår er oppfylt, er det likevel en forutsetning at "særlige grunner taler for det" jfr. phlsvl. § 5-6 første ledd første punktum. I neste avsnitt skal det gis en kort presentasjon av vilkåret, før oppgaven i avsnitt 5 går mer grundig inn i vurderingen av hva som kan være "særlige grunner" etter phlsvl. § 5-6.

4.1.4 Særlige grunner

Vilkåret om at det må foreligge "særlige grunner" for overføringen, utgjør kjernevurderingen i relasjon til phlsvl. § 5-6. Det er en den overordnede forutsetning for at overføring kan skje, at "særlige grunner taler for det" jfr. phlsvl. § 5-6. Vilkåret er skjønnsmessig og forutsetter en helhetsvurdering på grunnlag av nærmere angitte kriterier. Bakgrunnen for at vilkåret som nevnes først i lovteksten, behandles sist i oppgaven, er nettopp vilkårets sammensatte og komplekse natur. Vilkåret krever derfor at det rettes ekstra oppmerksomhet mot de konkrete vurderingsriteriene som kan bidra til å begrunne overføring fra helseinstitusjon til anstalt innen kriminalomsorgen. Oppgaven skal i det følgende ta for seg hvert enkelt vurderingskriterium som utgjør en del av "særlige grunner", i den hensikt å løfte frem de ulike nyansene som inngår i helhetsvurderingen.

5 Nærmere om vilkåret "særlige grunner"

5.1 Noen utgangspunkter

Vurderingen av "særlige grunner" er skjønnsmessig og skal foretas ut fra de konkrete forholdene i hver enkelt sak. I NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" peker

⁴⁹ Se avsnitt 5.2 for en mer grundig redegjørelse for terskelen ved vurderingen av "særlige grunner".

særreaksjonsutvalget på at må foretas en avveining av hensynet til den enkeltes omsorgs- og behandlingsbehov, mot samfunnets behov for vern.⁵⁰ Utvalget går deretter over til å drøfte forholdet mellom administrative og strafferettslige reaksjoner, før de konkluderer med "at hensynet til samfunnsbeskyttelsen alene må være avgjørende for utformingen og anvendelsen av særreaksjonen".⁵¹ Idet overføring skjer i forlengelsen av særreaksjonen dom på tvungent psykisk helsevern i strl. § 39, legges det til grunn at samfunnsvernet er det styrende hensyn også ved vurderingen av "særlige grunner" jfr. phslvl. § 5-6. Det vil si at ved avveiningen av hensynet til den enkeltes behov for behandling og samfunnets behov for beskyttelse, vil sistnevnte alltid veie tyngst.

I tillegg til at begrunnelsen må være ekstraordinær og at overføringen må bidra til å ivareta samfunnsvernet, nevner særreaksjonsutvalget i NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" hvilke vurderingsmomenter som skal vektlegges ved spørsmål om overføring etter phslvl. § 5-6. Følgende kriterier skal inngå som en del av vurderingen "særlige grunner" i phslvl. § 5-6: "hvor lang tid som er gått siden dommen, graden av farlighet, hvor stabil sinnstilstanden er, hvilke alternativer til overføring som foreligger og hvordan et fengselsopphold vil virke".⁵² Momentene drøftes suksessivt i den rekkefølge de er fremstilt i forarbeidene. Det vil i tillegg bli reist supplerende problemstillinger underveis i drøftelsen, samt knyttes en del refleksjoner opp mot disse spørsmålene. I de foregående avsnitt er det presentert noen utgangspunkter vedrørende vilkåret "særlige grunner". Disse utgangspunktene vil bli drøftet nærmere i det følgende og søkes utdypet ved hjelp av forarbeider, rettspraksis og teori.

Ved vurderingen av hvorvidt det skal reageres med særreaksjon overfor en psykotisk lovbrøtters, skal det tas utgangspunkt i vedkommendes diagnostiske tilstand "på handlingstiden" jfr. strl. § 44. Forarbeidene peker på at det er sinnslidelsen/diagnosen som må anses som personens primærproblem, og at den kriminelle handlingen representerer et utslag av sinnslidelsen. Det sentrale ved å forhindre slike lovbrudd i fremtiden, vil derfor være å tilby behandling av vedkommendes sinnslidelse.⁵³

Begjæringen om overføring må dessuten komme "fra den faglig ansvarlige" jfr. phslvl. § 5-6 1. ledd første setning, men hvor det er opp til retten å avgjøre om den vil tilskynde slik overføring. Domstolsbehandling av spørsmålet om overføring er med på å fremme rettssikkerheten for den enkelte

⁵⁰ NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" s. 71.

⁵¹ Ibid. s. 72.

⁵² Ibid. s. 100.

⁵³ Ibid. s. 71.

og sikrer den domfelte en mulighet til å imøtegå den faglig ansvarliges vurderinger jfr. det kontradiktoriske prinsipp.⁵⁴

Samlet sett gir phlsvl. § 5-6 anvisning på en sammensatt vurdering, hvor både den faglig ansvarlige og domstolene skal ta stilling til om overføringsadgangen er forsvarlig og tilfredsstillende begrunnet. Forarbeidene fremhever dessuten en rekke underpunkter som også må være tatt i betraktning før man kan anse at vilkåret om "særlige grunner" er oppfylt. Vurderingen er således nyansert og må ta høyde for samtlige vurderingsmomenter. Overføringsadgangen er dessuten ment å være av en såpass snever karakter, at den kun skal være aktuell å bruke den i unntakstilfeller. På bakgrunn av disse betraktningene taler gode grunner for at man i liten grad ønsker at overføringsadgangen skal bli hyppig brukt. Paragrafen er tenkt som en sikkerhetsventil tilfeller hvor alternative reaksjonsformer og behandlingsmetoder er forsøkt og uttømt. Overføringsadgangen er særlig problematisk fordi den på sett og vis hvisker ut det tradisjonelt tydelige skillet mellom straff/ikke straff. Når det i tillegg er snakk om inngripende og tidsubestemt frihetsberøvelse, taler gode grunner for at terskelen bør være høy, og adgangen til å benytte seg av phlsvl. § 5-6 bør være snever.

5.2 Terskelen

Når det gjelder den naturlig språklige forståelse av "særlige grunner", gir ordlyden liten veiledning i seg selv. Phlsvl. § 5-6 gir for øvrig ingen signaler om hvilke momenter som skal være av betydning for overføringsadgangen. Bruken av ordet "særlig" kan likevel gi et signal om at begrunnelsen for overføring må skille seg fra de såkalte normalsituasjonene. At noe skal særlig begrunnes forutsetter således at man har et sammenligningsgrunnlag. Gode grunner taler for at terskelen ved spørsmål om overføring, krever at begrunnelsen utmerker seg markant sammenlignet med det man kanskje ser i mer vanlige sammenhenger. sier om terskelen at "[d]et må foreligge ekstraordinære forhold som gjør at fortsatt opphold innen det psykiske helsevern er klart urimelig, og at fortsatt døgnoophold i lukket institusjon er nødvendig av hensyn til samfunnsvernet".⁵⁵ Det er spesielt viktig å merke seg at forarbeidene fremhever at begrunnelsen må være ekstraordinær.

⁵⁴ Det kontradiktoriske prinsipp går ut på at ingen skal dømmes uten å bli hørt. Prinsippet er ikke direkte hjemlet i noen lovbestemmelse, men har kommet til uttrykk i mange enkeltregler (...) jfr. Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff*, Oslo 2001 s. 328. Se dessuten Johs. Andenæs og Tor-Geir Myhrer, *Norsk straffeprosess*, 4. utgave, Oslo 2009 s. 54: "Den siktede har krav på å varsles til rettsmøtene, han har rett til å være til stede under forhandlingene, til å gjøre seg kjent med anklagematerialet og ta til gjenmæle mot det (det *kontradiktoriske prinsipp*)."

⁵⁵ NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" s. 100.

Hensikten med å fremheve terskelen som et eget punkt, er å belyse at i tillegg til at "særlige grunner" består av flere vurderingsmomenter, sier vilkåret også noe om hvor alvorlige grunner som må til foreligge før en overføring kan finne sted. Med terskel menes i denne sammenheng hvilke momenter som taler for overføring, og i hvilken grad de ulike momentene har vekt ved helhetsvurderingen. Det blir altså nødvendig å foreta en grensedracting mellom hvilke begrunnelser som er mer vanlige, og hvilke situasjoner som skiller seg mer ut og dermed kan anses som "særlige" i relasjon til phlsvl. § 5-6. Sentralt vil det også være å fastlegge i hvilken grad begrunnelsen må skille seg fra de såkalte normalsituasjonene for å muliggjøre overføring i medhold av phlsvl. § 5-6. Hensikten med å etablere en terskel er at den vil bidra til å avklare hvilke situasjoner som er ekstraordinære og dermed kan tale for overføring.

Som et utgangspunkt kan man si at bruken av ordet "særlig" peker på at overføringsadgangen kun kan benyttes unntaksvis. Argumenter som taler for overføring må dermed søkes i faktorer som ligger utenfor det man kan betegne som mer ordinære problemstillinger. Ordlyden tilsier isolert sett at adgangen må være snever og begrunnes særskilt og skille seg fra mer hverdagslige begrunnelser.⁵⁶ I forlengelsen av dette, er det viktig å ha i mente de to øvrige kumulative vilkårene, for det første at vedkommende ikke lenger er psykotisk, og for det andre at domfelte fortsatt representerer en fare for samfunnet. Samlet sett tilsier dette en streng håndheving og snevre muligheter for å benytte institusjonell overføring.

Med tanke på at særreaksjonen dom på tvungent psykisk helsevern er en tidsubestemt reaksjon og bare kan brukes overfor utilregnelige lovbrytere som representerer en fare for samfunnet, har ordningen møtt skarp kritikk. Ordningen har blitt debattert både nasjonalt og i de øvrige nordiske landene. Tidsubestemte reaksjoner er særdeles inngripende og gir liten forutberegnelighet om egen situasjon. Det er derfor bred enighet om at reaksjonsformen kun bør benyttes unntaksvis. Da NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" ble skrevet, gikk tendensen i retning av at særreaksjonene i liten grad ble brukt, noe det var bred enighet om at var (og nok fortsatt er) en riktig utvikling.⁵⁷

Overføringsadgangen i phlsvl. § 5-6 er kun ment å benyttes i få tilfeller pr. år. Dette understrekes av at hvert enkelt vilkår i phlsvl. § 5-6 er strenge, i tillegg til at de er kumulative. Dersom et av vilkårene for overføring skulle svikte, kan overføringen ikke skje. At paragrafen kun skal benyttes unntaksvis

⁵⁶ Ibid. s. 99 flg.

⁵⁷ Ibid. s. 110.

fremheves dessuten av begrepsbruken "særlig", som er med på å etablere en høy terskel for hvilke grunner som legitimerer overføring.

Særreaksjonsutvalget ramser opp en rekke kriterier som skal bidra til å konkretisere hva som ligger i vilkåret "særlige grunner" jfr. phlsvl. § 5-6. det følgende skal det redegjøres for hvert enkelt vurderingsmoment, drøfte nærmere hva som ligger i de respektive kriteriene samt reise spørsmål om hvilken betydning argumentene har i relasjon til å benytte seg av overføringsadgangen eller ikke. Ved vurderingen av "særlige grunner" skal det "legges vekt på bl.a hvor lang tid som er gått siden dommen, graden av farlighet, hvor stabil sinnstilstanden er, hvilke alternativer til overføring som foreligger og hvordan et fengselsopphold vil virke".⁵⁸ Disse momentene drøftes mer inngående i det følgende.

5.3 Vurderingsmomentene knyttet til "særlige grunner"

5.3.1 Hvor lang tid som har gått siden dommen

Det presiseres at den dom forarbeidene viser tilbake til, er den opprinnelige dom på tvungent psykisk helsevern jfr. strl. § 39 nr. 1 eller nr. 2. Problemstillingen er hvilken betydning tiden siden dom på tvungent psykisk helsevern har i forbindelse med argumentasjonen for at det foreligger "særlige grunner" og spørsmålet om overføring bør skje. Det er i første omgang rimelig å anta at bakgrunnen for at momentet skal vurderes er å sikre seg mot at den særreaksjonsdømte skal bli utsatt for gjentatte overføringer mellom helseinstitusjon og anstalt innen kriminalomsorgen. Dersom det har gått noe tid mellom innleggelse i sykehus og beslutning om overføring, vil grunnlaget for å si noe om hvordan vedkommende vil takle en overføring også bli bedre. Gode grunner taler for at vurderingsmomentet er gitt i den hensikt at helsevesenet skal ha tatt seg tilstrekkelig tid til å vurdere sinnstilstanden til den særreaksjonsdømte. Dersom det er stor fare for tilbakefall etter psykotiske gjennombrudd, er det lite sannsynlig at en overføring til fengselsvesenet er hensiktsmessig.

Forarbeidene gir dog lite veiledning når det gjelder bakgrunnen for at tidsmomentet skal tillegges vekt. Særreaksjonsutvalget gir dessuten ingen retningslinjer for hvilken vekt momentet skal ha i helhetsvurderingen, og forholder seg tause om tidsmomentet taler for eller mot overføring. Eksempel på hvordan rettspraksis har tolket dette momentet finnes blant annet i lagmannsrettens dom, som igjen viser til tingrettens dom.⁵⁹ Momentet ble av tingretten tolket slik at med bakgrunn i at det hadde gått lang tid siden dom ble avsagt og progresjonen av behandlingen i dette tidsrommet er liten, talte

⁵⁸ Ibid. s. 100.

⁵⁹ Dom i Gulating lagmannsrett: LG-2011-2886 og dom i Bergen tingrett 25.11.10, saksnr.: 10-147MED-BBYR/03.

momentene samlet sett for at det forelå "særlige grunner".⁶⁰ Høyesterett foretar i Rt. 2011 s. 1043 ingen nærmere vurdering av tidsaspektet, og omtaler momentet kun som en del av oppramsingen over hvilke momenter det skal legges vekt på i vurderingen av "særlige grunner". Forarbeidene legger heller ingen føringer på hvordan momentet skal forstås eller vektes. Det blir derfor vanskelig å si noe mer spesifikt om bakgrunnen for at tidsmomentet skal tillegges vekt i vurderingen av om det foreligger "særlige grunner" som taler for overføring.

Et tenkbart argument kan imidlertid være at tidsaspektet vil kunne bidra til at det blir lettere for den domfelte å forutberegne egen situasjon. Økt forutberegnelighet innebærer at det er mulig å opprettholde stabilitet og ro i behandlingssituasjonen rundt den særreaksjonsdømte. Desto lengre tid det er gått siden dom på psykisk helsevern og psykosen fortsatt er dominant for vedkommendes sykdomsbilde, jo mer sannsynlig er det at tilstandens stabilitet taler mot at overføring kan skje. En person som er stabilt psykotisk vil aldri være en aktuell kandidat for overføring etter phlsvl. § 5-6. I tilfeller hvor sinnstilstanden har stabilisert seg utenfor det psykotiske, er det på den andre siden gode grunner som taler for at den særreaksjonsdømte vil kunne være aktuell for et institusjonelt bytte. Den særreaksjonsdømte vil som innsatt i fengselet, bli nødt til å tilpasse seg det institusjonelle fengselsregimet, i tillegg til at det er straffegjennomføringsloven som setter rammebetingelsene for reaksjonsgjennomføringen.⁶¹ Sett ut fra hensynet til den enkelte og dennes rettssikkerhet og forutsigbarhet, vil det være en trygghet å vite at man får behandling og oppfølging i tråd med sine behov. Det psykiske helsevernets primæroppgave er å behandle og ivareta den enkeltes behov for et betryggende behandlingsopplegg.⁶² Dersom pasienten oppholder seg i psykiatrien over en lengre periode, desto lettere vil det være for de faglig ansvarlige å uttale seg om forventet prognose når det gjelder den særreaksjonsdømtes sykdomsbilde.

Kriminalomsorgens anstalter skal sørge for at straffen gjennomføres i tråd med dens formål, hindre nye straffbare handlinger, trygge samfunnet og tilby "de innsatte tilfredsstillende forhold" jfr. strgfjl. § 2. Dersom en overføring skjer tidlig i sykehusoppholdet, kan det føre til at den særreaksjonsdømte ikke er blitt fullstendig utredet, slik at en overføring kunne slå dårlig ut for vedkommende. Fengselshelsetjenesten er ikke nødvendigvis fullgodt rustet til å håndtere og behandle kompliserte

⁶⁰ "Det lange tidsrommet siden dommen ble avsagt i 2004 sammenholdt med mangelen på progresjon i behandlingen, og graden av farlighet trekker etter rettens oppfatning i retning av at det foreligger særlige grunner" jfr. Bergen tingretts dom s. 8.

⁶¹ Lov om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven) 18. mai 2001 nr. 21 (heretter strgfjl.).

⁶² Se phlsvl. § 1-1.

psykiatriske diagnoser. I ytterste konsekvens vil dette bety at den overførte særreaksjonsdømte kan få sin utsikt til bedring svekket, fordi behandlingstilbudet innskrenkes med overføringen. Ut ifra formålet med straffegjennomføringen er det dessuten lite som tyder på at helsetilstanden er i fokus, selv om alle innsatte har krav på helse- og omsorgstjenester.⁶³ Ved å ta tidsaspektet med i betraktningen, vil det bli mulig å gi en prognose for bedring samt indikasjon på om sykdommen er av permanent eller midlertidig karakter.

Forarbeidene gir ingen veiledning med tanke på hvordan tidsmomentet skal forstås i sammenheng med overføringsadgangen og vurderingen av om det foreligger "særlige grunner". Det blir derfor vanskelig å forstå hvilken betydning særreaksjonsutvalget så for seg at momentet skulle ha i forbindelse med helhetsvurderingen av "særlige grunner". Utvalget synes imidlertid å feste stor lit til at de utilregnelige lovbrysterne som utgjør en trussel for andres liv og helse, "kan identifiseres med en rimelig grad av sikkerhet på grunnlag av deres medisinske diagnose og prognose".⁶⁴ Det blir i forlengelsen av dette et spørsmål om det er uproblematisk å stole på at en prognose skal kunne si noe om sykdomsutviklingen hos et individ. Diagnostiske vurderinger er heller ikke entydige, mye fordi behandlere må tolke signaler og konkludere ut fra de symptomer som kommer til uttrykk. I denne vurderingen kan også pasientens dagsform bidra til å skape usikkerhet omkring den diagnostiske vurderingen. Man må imidlertid kunne anta at disse feilkildene vil bli mindre etter hvert som tiden går. Dersom behandlerne får tid og rom til å foreta grundige diagnostiske vurderinger, vil det også bli lettere å si noe om prognosene og sykdomsutviklingen. Overføring bør helst ikke skje dersom det er en risiko for at domfelte får et tilbakefall til sin psykose og må tilbakeføres til helseinstitusjon. Betingelsen for overføring er imidlertid at den særreaksjonsdømte må være fri for sin psykose jfr. strl. § 44. Dette taler for at det allerede må ha gått noe tid fra dom på tvungent psykisk helsevern blir avsagt, før det kan bli tale om noen overføring. Såframt vedkommende ikke lider av en annen alvorlig psykiatrisk diagnose hvor behandling er en nødvendig forutsetning for bedring, virker det ikke som om tidsaspektet gir noen faste holdepunkter som kan underbygge eller hindre at overføring kan skje.

En kan likevel tenke seg at tiden etter domsavsigelse får betydning i tilfeller hvor pasienten har en bratt bedringskurve og blir fri fra sin psykose kort tid etter innleggelse i psykisk helsevern. Det vil da oppstå spørsmål hvorvidt man etter så kort tid har tilstrekkelig grunnlag for å kunne si noe om pasientens progresjon og den aktuelle tilstanden. Idet norsk rett har lagt til grunn det medisinske prinsipp vil det til enhver tid være pasientens diagnose og sykdomstilstand som er avgjørende for hvorvidt vedkommende

⁶³ Se Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) [pasientrettighetsloven] 2. juli 1999 nr. 63 §§ 1-1 og 1-2.

⁶⁴ NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" s. 14.

er psykotisk i relasjon til strl. § 44 første ledd, eller ikke.⁶⁵ Idet et av de sentrale begrensninger for overføring er å forhindre at den domfelte blir utsatt for gjentatte institusjonelle bytter, vil tidsaspektet spille en rolle i den grad man kan si noe fornuftig om pasientens progresjon og sykdomsutvikling.

5.3.2 Graden av farlighet

Når man skal vurdere den i hvilken grad den særreaksjonsdømte utgjør en fare for sine omgivelser, henger dette momentet nøye sammen med vurderingen av den domfeltes sinnstilstand.⁶⁶ Det er et avgjørende spørsmål for overføring om den særreaksjonsdømtes farlighet er betinget av den psykiatriske diagnosen, eller om vedkommende er farlig uavhengig av sin sinnslidelse. Farlighetsgraden skal vurderes ut fra objektive holdepunkter, hvor lovbruddets karakter må sees i sammenheng med hvilken trussel gjerningspersonen utgjør for samfunnet. Det skal først knyttes noen korte kommentarer til farlighetsvurderingen i seg selv, før oppgaven drøfter hvilken betydning graden av farlighet har for overføringsadgangen.

I og med at det tidligere sikringsinstituttet ble opphevet og erstattet med dagens ordning med dom på tvungent psykisk helsevern, dom på tvungen omsorg og dom på forvaring, vil rettspraksis knyttet til farlighetsvurderingen fortsatt være relevant.⁶⁷ Farevurderingen etter det gamle sikringsinstituttet skiller seg ikke nevneverdig fra dagens vurdering. Rettspraksis kom imidlertid fram til et krav om kvalifisert gjentakelsesfare for å kunne benytte seg av sikring.⁶⁸ Denne kvalifiserte gjentakelsesfaren "må altså ha

⁶⁵ "Det medisinske prinsipp innebærer at det er irrelevant ved vurderingen av om § 44 kommer til anvendelse om lovbryster tilsynelatende har hatt et mer eller mindre 'normalt' motiv for lovbruddet, - f. eks. brannstiftelse i eget hjem for å få utbetalt forsikring. Var lovbryster aktivt psykotisk på handlingstiden, skal han ikke straffes, uavhengig av om det kan sannsynliggjøres årsakssammenheng mellom sykdom og gjerning." jfr. NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" s. 46. Se også oppgavens avsnitt 3.1.1.

⁶⁶ Se for øvrig neste vurderingsmoment, avsnitt 5.3.3.

⁶⁷ Sikringsinstituttet ble i NOU 1974: 17 "Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner" foreslått opphevet. Sikringen ble senere erstattet med dom på tvungent psykisk helsevern, tvungen omsorg og forvaring. I NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" på s. 64 uttaler særreaksjonsutvalget at reglene verken innholdsmessig eller tanke med rettspraksis har blitt endret på "noen avgjørende måte." Det legges derfor til grunn at rettspraksis og teori fortsatt gjøre seg gjeldende.

⁶⁸ Se blant annet Rt. 1992 s. 1714 og Rt. 1992 s. 1020 på s. 1021.

sammenheng med den psykiske avvikstilstand”.⁶⁹ Utgangspunktet for vurderingen av faren for gjentakelse ”er den fare for nye straffbare handlinger som viser seg gjennom de forhold dommen gjelder (...)”.⁷⁰ Når det gjelder farlighetsvurderingen fra tidligere praksis, er det lite å finne i relasjon til phlsvl. § 5-6. Tidligere rettspraksis dreier seg hovedsakelig om strl. § 39 nr. 1 eller nr. 2, samt strl. § 39c nr. 1 eller nr. 2. Sistnevnte bestemmelse er hovedsakelig tiltenkt brukt i tilfeller hvor gjerningspersonen er tilregnelig, og således har utvist skyld ved ugjerningen. Paragrafene skiller seg dessuten fra hverandre ved at det skal legges vekt på ulike momenter i farevurderingen. I strl. § 39 nr. 1 ”skal det legges vekt på den begåtte forbrytelsen sammenholdt særlig med lovbrysterens atferd, sykdomsutvikling og psykiske funksjonsevne.” Etter strl. § 39c nr. 1 ”skal det legges vekt på den begåtte forbrytelsen eller forsøket sammenholdt særlig med lovbrysterens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne.”

Når det skal legges vekt på graden av farlighet viser momentet tilbake til den farlighetsvurderingen som allerede er gjort etter strl. § 39 nr. 1 eller nr. 2. At farligheten skal gradsbestemmes gir et signal om at ”faregraden kan variere noe etter hvor grov den begåtte handlingen er, og hvor alvorlige forbrytelser det er fare for”.⁷¹ Dom på tvungent psykisk helsevern, dom på tvungen omsorg og dom på forvaring er samtlige tidsubestemte reaksjoner.⁷² Kriteriene for å idømme tvungent psykisk helsevern etter strl. § 39 og forvaring i anstalt innen kriminalomsorgen jfr. strl. § 39 c er i hovedsak like, men med noen nyanseforskjeller. Eksempelvis må det i begge tilfeller være en ”nærliggende fare” for at vedkommende vil begå lignende lovbrudd på nytt. Dette taler for at også momenter som er aktuelle å ta i betraktning ved forvaringsdom, kan spille en rolle ved vurdering av dom på tvungent psykisk helsevern. Forarbeidene har i den forbindelse påpekt at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering der det kan ”være grunn til å kreve en mindre faregrad når denne refererer seg til de aller groveste forbrytelser, og omvendt bør det stilles særlige krav til risikoens størrelse når det ikke er de aller groveste krenkelser man frykter”.⁷³ Uttalelsen er formulert særlig med sikte på tilregnelige lovbrystere, men det er ingen grunn til å vurdere forholdsmessigheten og alvorlighetsgraden i forbrytelsen forskjellig selv om gjerningspersonen er straffri etter strl. § 44 (1). For å oppsummere kan man si at for å kunne

⁶⁹ Rt. 1997 s. 48 på s. 50.

⁷⁰ Ibid. s. 50.

⁷¹ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) ”Om lov om endringer i straffeloven m.v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner)” s. 108 og s. 111. Se også Rt. 2002 s. 1677 på s. 1681, Rt. 2005 s. 1091 avsnitt (14).

⁷² På dette punkt skiller imidlertid forvaringsinstituttet seg fra de andre særreaksjonene ved at det skal fastsettes et tidsperspektiv på reaksjonen. Ved forvaringstidens opphør kan imidlertid reaksjonsperioden forlenges. Se avsnitt 7.1 for nærmere omtale av særreaksjonen forvaring.

⁷³ NOU 1974: 17 ”Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner” s. 91.

gradsbestemme fare, må man se hen til det lovbruddet som er begått, prognosen for tiltaltes videre utvikling samt tidligere atferd og eventuelle domfellelser.

I vurderingen av graden av farlighet ligger det videre en forutsetning om at det skal være mulig å skille særlig farlige lovbrøyttere fra de mindre farlige. Dersom domfelte representerer en særlig fare, eksempelvis fordi vedkommende har begått alvorlige lovbrudd eller har en historie med mye kriminalitet, taler gode grunner for at samfunnsvernet tilsier at vedkommende må inkapasiteres. Med inkapasitering menes at vedkommende må uskadeliggjøres og hindres fra å begå nye lignende lovbrudd. Det er forutsatt i forarbeidene at det er opp til rettspraksis å angi mer konkrete vurderingskriterier for faren for tilbakefall.⁷⁴

Fordi rettspraksis vedrørende phlsvl. § 5-6 er sparsom skal vurderingen av farlighetsgraden eksemplifiseres gjennom underinstansenes votum. Både Bergen tingrett og Gulatings lagmannsrett fremhever farlighetsgraden som et av de kriteriene som skal vurderes som en del av "særlige grunner". På bakgrunn av at vurderingsmomentene behandles kort, er det vanskelig å knytte noen rettskildemessig vekt til uttalelsene. De fremheves likevel som eksempler på hvordan gradering av farlighet vurderes i praksis i forbindelse med overføringsadgangen i phlsvl. § 5-6.

Bergen tingrett viser i sin dom til avgjørelsen i Rt. 2003 s. 1085 avsnitt 16 i relasjon til spørsmålet om gjentakelsesfare i forbindelse med overføring til dom på tvungent psykisk helsevern jfr. strl. § 39 nr. 1 eller nr. 2.⁷⁵ Som en del av farlighetsvurderingen viser domstolen så til Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) "Om lov om endringer i straffeloven m.v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner)" og den uttalelse som er sitert i forbindelse med oppgavens note 71. Domstolen går så inn i en konkret vurdering av domfeltes tidligere atferd og domfellelser samt risikofaktorer knyttet til fremtidig tilbakefall. Tingretten konkluderer deretter med at farlighetsgraden "trekker i retning av at det foreligger særlige grunner". Det fremstår dermed slik at domstolen mener å ha vurdert faregraden som en del av betraktningene i forbindelse med vurderingen av gjentakelsesfare etter strl. § 39 nr. 1 eller nr. 2. Farlighetsgraden som vurderingsmoment blir altså ikke gitt noen selvstendig betydning i helhetsvurderingen etter "særlige grunner".

⁷⁴ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) "Om lov om endringer i straffeloven m.v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner)" s. 111.

⁷⁵ Bergen tingrett dom Bergen tingrett dom 25.11.10 saksnr.: 10-147924MED-BBYR/03.

Gulating lagmannsrett synes å forfekte samme synspunkt som Bergen tingrett i dette henseende.⁷⁶ Lagmannsretten fremhever vurderingskriteriet som en del av helhetsvurderingen etter phlsvl. § 5-6, men går ikke inn i en konkret drøftelse av faregraden. Også lagmannsretten vurderer det dit hen at farlighetsgraden allerede er blitt behandlet som en del av drøftelsen etter strl. § 39. Dette bidrar til å skape usikkerhet når det gjelder spørsmålet om hvilken betydning farlighetsgraden skal ha i helhetsvurderingen. I den videre vurderingen la lagmannsretten til grunn at den særreaksjonsdømte representerte en såpass stor trussel for sitt nærmiljø, at det dermed begrunnet overføring fra psykiatrisk institusjon til anstalt innen kriminalomsorgen. Ut fra dette fremstår det imidlertid slik at domstolen har vurdert at faren for at vedkommende vil begå nye alvorlige lovbrudd er stor, og derfor taler for overføring. Som nevnt ovenfor, ligger det imidlertid en avgjørende forskjell når det gjelder tidspunktet for farlighetsvurderingen etter strl. § 39 og gradsbestemmelsen av farlighet som moment under vilkåret "særlige grunner." Det ser ikke ut til at domstolen har tatt høyde for dette perspektivet i forbindelse med vurderingen, selv om det gir mening at individer som er svært farlige i større grad bør inkapasiteres enn de småkriminelle.

Høyesterett gir i Rt. 2011 s. 1043 ingen nærmere veiledning med tanke på farlighetsgraden. Dommen gir heller ingen veiledning hva gjelder fremgangsmåte for hvordan man kan bestemme hvilken farlighetsgrad en lovbryster representerer for omverdenen. Høyesterett viser til forarbeidene samt de tidligere instansenes betraktninger, uten å reflektere noe nærmere om hvilken vekt momentet skal ha. Ut fra dette er det nærliggende å tolke Høyesterett dit hen at de ikke anser bedømmelsen av farlighetsgraden som et problematisk moment, og at det uansett har sammenheng med den farlighetsvurderingen som blir foretatt etter strl. § 39 nr. 1 eller nr. 2.

Slik praksis har tolket farlighetsgraden i relasjon til phlsvl. § 5-6, virker det som om det legges til grunn at vurderingen likestilles med strl. § 39 og kriteriet om gjentakelsesfare. Ut fra forarbeidene fremstår det likevel slik at gradsbestemmelsen av farligheten forutsetter en risikovurdering i relasjon til faren for gjentakelse og trusselnivå i interaksjon med nærmiljøet. Gode grunner taler for at farlighetsgraden skal si noe nærmere om hvor sannsynlig det er at domfelte på nytt vil begå lignende alvorlige lovbrudd. Forarbeidene tolkes derfor dit hen at lovbrystere som representerer en høy grad av fare for samfunnsvernet, må holdes tilbake i institusjon for å hindre lignende lovbrudd i fremtiden. Rettspraksis synes også å trekke i den retning. Bakgrunnen for at gjentakelsesfare utgjør et sentralt moment er at desto farligere en person er for omverdenen, desto viktigere er det at man har mulighet til å skjerme samfunnet fra vedkommende. Samfunnsvernet er tross alt den mest sentrale verdi som skal beskyttes i tråd med bestemmelsene i strl. §§ 39 nr. 1 eller nr. 2 og 39c nr. 1 eller nr. 2. En vurdering av hvor farlig

⁷⁶ LG-2011-2886.

et individ er for sine omgivelser, synes derfor å være nødvendig for å legitimere frihetsberøvelse av vedkommende. På bakgrunn av at frihetsberøvelse og overføring er et alvorlig inngrep overfor individet, fordrer det at begrunnelsen for reaksjonen er legitim. At avgjørelsen må være godt fundert blir særlig viktig idet overføringsadgangen medfører at man flytter personer som er dømt til opphold i helsevesenet, over i institusjon som primært håndterer straffedømte.

5.3.3 Hvor stabil sinnstilstanden er

Når det gjelder vurderingen av gjerningspersonens stabilitet, vil det være vanskelig å si noe om den psykiatriske statusen uten å ha observert vedkommende over tid. At den særreaksjonsdømte først og fremst skal vurderes innen helseinstitusjonen er også forutsetningen etter phlsvl. kapittel 5.⁷⁷ Vurdering av en persons stabilitet, må altså ses i sammenheng med hvor lang tid som har gått siden dommen på tvungent psykisk helsevern ble avsagt. Gode grunner taler for at individer som er stabile i sin sinnstilstand, også håndterer endringer i omgivelser og miljø på en bedre måte. Det anses som sannsynlig at den særreaksjonsdømte vil ha bedre forutsetninger for å kunne tilpasse seg ulike regimer dersom sinnstilstanden er noenlunde stabil. Hvis den særreaksjonsdømte har utvist stabilitet over tid, kan dette være en indikasjon på at situasjonen også vil forholde seg stabil i fremtiden. Stabilitet taler altså for overføring, fordi sannsynligheten for akutte psykotiske tilbakefall blir mindre med tiden.

Det er likevel et spørsmål om hvilken betydning det har for overføringsadgangen at gjerningspersonens sinnstilstand er stabil. Som nevnt innledningsvis, er dette et av flere momenter som særreaksjonsutvalget i NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" ramser opp som momenter av betydning ved vurderingen av om det foreligger "særlige grunner" som kan tale for overføring. Forarbeidene synes imidlertid ikke verken å reflektere eller redegjøre mer utførlig om hensikten med å vurdere den særreaksjonsdømtes sinnstilstand i forbindelse med overføringen. Når det gjelder rettspraksis har verken Gulating lagmannsrett eller Høyesterett gått nærmere inn på problematikken i sine vota.⁷⁸ De siterer i hovedsak forarbeidene ved å ramse opp de momentene som skal vektlegges i helhetsvurderingen, uten å uttale noe spesifikt om hvilken betydning sinnstilstanden har i relasjon til den konkrete saken. Det fremstår imidlertid slik at de baker inn momentet som en del av vurderingen etter strl. § 39. Bergen tingrett på sin side, viser til at situasjonen har vært uforandret over flere år og peker på at dersom overføring ikke skjer, vil situasjonen bare vedvare. Retten anså det slik "at det vil være et bedre alternativ å overføre (...) til en anstalt under kriminalomsorgen, og at dette

⁷⁷ Psykisk helsevernloven § 5-3 første ledd: "Den som er overført til tvungent psykisk helsevern, skal de første tre ukene ha døgnopphold i en institusjon."

⁷⁸ LG-2011-2886 og Rt. 2011 s. 1043.

vil øke sjansene for å lykkes i arbeidet med å gi han økt frihet og samtidig ivareta samfunnets behov for vern”.⁷⁹ Situasjonen for den særreaksjonsdømte har altså fremstått såpass stabilt dårlig i mange år, at en overføring ble ansett som det beste alternativet i et forsøk på å hjelpe vedkommende.

Det kan tenkes at hensynet til den særreaksjonsdømte, og den iboende forutsetningen om at overføringsadgangen ikke skal føre til at enkeltpersoner blir utsatt for hyppige institusjonsskifter, er en del av begrunnelsen for at stabil sinnstilstand er et relevant vurderingskriterium. Dersom sinnstilstanden har vært stabil over noe tid, kan det være et tegn på at tilheling og behandling har stagnert, slik at man ikke kommer noen vei videre. Det kan imidlertid også bety at personen rett og slett er blitt frisk fra sin sinnslidelse, og dermed ikke trenger mer behandling fra helsevesenet. I de tilfellene hvor sinnstilstanden har stabilisert seg utenfor grensene av det psykotiske, taler gode grunner for at de personlighetstrekkene man da ser er av permanent karakter. Så lenge sinnstilstanden er stabil, vil det også være lettere for den domfelte å håndtere omstillingen fra behandling til opphold ved anstalt innen kriminalomsorgen. Ved stabil sinnstilstand over tid, minker dessuten risikoen for tilbakefall. Dersom en bedring har foregått over tid, er det sannsynlig at man unngår tilbakeføring til det psykiske helsevern jfr. phlsvl. § 5-8 i etterkant av overføring etter phlsvl. § 5-6. Lovgiver har dessuten et uttalt ønske om å motvirke at domfelte utsettes for hyppige overføringer mellom institusjonene.⁸⁰ Stabilitet og kontinuitet i opplegget rundt domfelte er ønskelig sett fra så vel et behandlingsperspektiv som for den enkelte og for den kollektive trygghet.

Så lenge det psykiske helsevern har ansvaret for reaksjonsgjennomføringen, ”vil muligheten for stabilitet og forutsigbarhet i behandlingsopplegget økes, noe som i enkelte tilfeller vil forenkle behandlingen, og dermed gjøre den mindre ressurskrevende”.⁸¹ Dette argumentet taler for at så lenge pasienten har en psykiatrisk lidelse, er vedkommende best tjent med å være innlagt i en psykiatrisk behandlingsinstitusjon. Selv om vedkommende i stor grad er farlig og utgjør en betydelig trussel for miljøet rundt seg, er denne pasientgruppen først og fremst helsevesenets ansvar. Dersom farligheten har sitt utspring i en psykiatrisk lidelse, vil man både samfunnsøkonomisk og individualpreventivt sett, være bedre tjent med behandling og mulighet for tilfriskning framfor overføring til en institusjon hvor primærformålet er kontroll og rehabilitering.

⁷⁹ Bergen tingrett dom 25.11.10 saksnr.: 10-147924MED-BBYR/03 s. 8.

⁸⁰ NOU 1990: 5 ”Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner” s. 75.

⁸¹ Ibid. s. 126.

5.3.4 Hvilke alternativer til overføring som foreligger

Når forarbeidene peker på at alternativer til overføring skal vurderes, henger dette sammen med at overføringsadgangen er ment å ha et snevert virkeområde, og kun skal benyttes unntaksvis. Ved å være nøye i vurderingen av alternative reaksjoner til overføring, har man således sikret seg at overføringsadgangen hovedsakelig skal bli brukt som en siste utvei. At man skal vurdere andre alternativer enn overføring i første omgang, har sitt utspring i det tradisjonelle utgangspunktet at institusjonelt bytte mellom helsevesen og fengselsinstitusjon ikke skal forekomme. At man i hver enkelt situasjon må foreta avveininger og foreta grundige overveielser hva gjelder handlingsalternativer, medfører en større sannsynlighet for at man finner frem til bedre tilpassede løsningen for den enkelte og for samfunnet som helhet.

Når det gjelder alternative reaksjoner er det verdt å merke seg at det først og fremst må være snakk om reaksjonsformer som faller utenfor de alminnelige straffene som ramses opp i strl. § 15. Bakgrunnen for det er at utgangspunktet for hele særreaksjonen dom på tvungent psykisk helsevern er straffrihet, og at straffereaksjoner som sådan er utelukket å anvende. Dom på tvungent psykisk helsevern overlater hovedansvaret for behandling og håndtering av domfelte til psykisk helsevernloven, innenfor de rammer av administrative kontrollhemler loven forutsetter.

Forarbeidene angir at "[a]lternativet til en særreaksjon er for de utilregnelige frihet, eventuelt under en viss administrativ kontroll. Dette står i motsetning til situasjonen for tilregnelige lovbrøyttere, hvor alternativet til en særreaksjon i alminnelighet vil være tidsbestemt fengselsstraff".⁸² Konsekvensen av at en lovbrøtters er utilregnelig på gjerningstiden er at vedkommende kun kan dømmes til psykisk helsevern. Når helsevernet opphører, fins det i utgangspunktet ikke noen alternativ reaksjon på samme måte som at fengsel kan være alternativ til bøtestraff. Dette betyr at idet den særreaksjonsdømte ikke lenger er syk og heller ikke er farlig, må tvangen fra helsevesenet opphøre og vedkommende skrives ut.

Som eksempel på at alternative løsninger ble vurdert, fremgikk det i tingrettsdommen at de faglig ansvarlige innen helsevesenet var innstilt på å utrede alle mulige løsninger dersom domfelte skulle fortsette sitt opphold i helseinstitusjon.⁸³ Til tross for at de faglig ansvarlige innen helsevesenet har et alternativt opplegg som på domstidspunktet var uprøvd, kom retten likevel til at det ikke "foreligger andre og bedre alternativer som kan balansere hensynet til å øke (...) frihet og hensynet til

⁸² Ibid. s. 83. Se også NOU 1974: 17 "Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner" s. 156 hvor "alternativet til institusjonsanbringelsen for de utilregnelige lovbrøyttere er den mindre inngripende institusjonsomsorg".

⁸³ Bergen tingrett dom 25.11.10 saksnr.: 10-147924MED-BBYR/03 s. 8.

samfunnsvern.”⁸⁴ Gulating lagmannsrett foretok ingen selvstendig vurdering av alternative løsninger, men viste tilbake til tingrettens argumentasjon. Ingen av underinstansenes votum foretar noen avgrensninger eller presenterer noen generelle alternative løsninger til overføringen. Uttalelsen fra de faglig ansvarlige om at de ”vil snu hver stein” kan imidlertid oppfattes slik at det fins alternativer som fortsatt ikke er blitt utprøvd i den konkrete saken. Tingretten fremhever at forarbeidene gir anvisning på en vurdering av alternative løsninger, og går rett over i subsumsjonen av spørsmålet fremfor å fremheve hvilke konkrete alternativer til overføring som foreligger. I Rt. 2011 s. 1043 begrenser Høyesterett sin omtale av vurderingsmomentet til en henvisning til forarbeidsuttalelsen. Rettspraksis gir dermed liten veiledning når det gjelder hvordan momentet skal forstås, ei heller hvilken betydning det har i relasjon til vilkåret ”særlige grunner”.

Så lenge pasienten er lagt inn ved psykiatrisk institusjon, er det behandlingsinstitusjonen som har ansvaret for alle forhold vedrørende håndteringen av den særreaksjonsdømte. Det vil derfor i stor grad være opp til den ansvarlige institusjon på hvilken måte man skal gi behandling, enten poliklinisk eller ambulant.⁸⁵ Personer som er dømt til tvunget psykisk helsevern etter strl. § 39 trenger ikke å oppfylle psykisk helsevernlovens krav til tvungen innleggelse etter lovens 3. kapittel. Dette følger av phlsvl. § 5-1 som unntar at visse bestemmelser i psykisk helsevernloven får anvendelse etter dom på psykisk helsevern i medhold av strl. § 39. Dom på psykisk helsevern etter strl. § 39 utgjør således et tilstrekkelig selvstendig grunnlag til å håndheve de administrative tvangshjemler psykisk helsevernloven gir.

Alternativet til dom på tvungent psykisk helsevern i medhold av strl. § 39, vil hovedsakelig være ordinær tvangsinnleggelse etter phlsvl. kapittel 3. En slik innleggelse skjer imidlertid på privat initiativ, og vil ikke ha noen relasjon til strafferettssystemet som sådan. Tradisjonelle strafferettslige reaksjoner eller særreaksjonen forvaring er ikke reelle alternativer, da disse reaksjonsformene er kategorisert som straff. Idet gjerningspersonen som utgangspunkt er straffri etter strl. § 44, faller de tradisjonelle straffene jfr. strl. § 15 bort som mulige alternative reaksjonsformer.

Etter psykisk helsevernloven kapittel 3 må det en forutgående legeundersøkelse til etter phlsvl. § 3-1, for at en person kan innlegges til en 10 dager lang tvungen observasjon i medhold av phlsvl. § 3-2. Innleggelse til tvungen observasjon fordrer dessuten at nærmere angitte vilkår i paragrafens nr. 1-6 er oppfylt. Observasjonsperioden kan ikke vare lenger enn 10 dager, og må enten resultere i en vurdering av hvorvidt det er grunnlag for videre tvungent opphold i institusjon jfr. phlsvl. § 3-3, eller om vedkommende må legges inn frivillig etter phlsvl. § 2-1. Dersom pasienten legges inn frivillig, kan

⁸⁴ Ibid. s. 8.

⁸⁵ NOU 1990: 5 ”Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner” s. 75.

vedkommende også skrives ut etter eget ønske. Det første alternativet til tvungen observasjon er at behandlingen videreføres til tvungent opphold i psykiatrisk institusjon i medhold av phlsvl. § 3-3 jfr. § 3-5 (3). Tvungen innleggelse forutsetter en forutgående legeundersøkelse jfr. phlsvl. § 3-1, samt endt observasjonstid på 10 dager jfr. phlsvl. § 3-2. Dersom pasienten ikke lenger fyller vilkårene for tvungent psykisk helsevern, må vedkommendes videre opphold i psykiatrisk sykehus forutsette frivillighet jfr. phlsvl. § 2-1. Frivillighet medfører at pasienten selv har kontroll på hvorvidt behandlingen innen psykiatrien skal opprettholdes eller avsluttes. Det er i alle ovennevnte tilfelle psykisk helsevernloven som etablerer rammene for de administrative kontrolltiltak sykehuset kan foreta seg.

Når det gjelder overføring fra fengselsinstitusjon til helseinstitusjon, det være seg somatisk sykehus eller psykiatrisk sykehus, er vanlig praksis at den innsatte undersøkes av den allmennpraktiker som er ansatt ved fengselsinstitusjonen. For innleggelse i psykiatrisk sykehus må søknad om innleggelse vurderes i relasjon til psykisk helsevernloven kapittel 2 eller kapittel 3.⁸⁶ Vilårene for innleggelse følger herunder av phlsvl. § 2-1, som gjelder frivillig innleggelse, og phlsvl. §§ 3-2 jfr. 3-3 som gjelder tvangsinnleggelser.⁸⁷ Overføring fra fengsel til sykehus anses som en del av straffegjennomføringen så lenge vedkommende blir underlagt "heldøgnsopphold i sykehus dersom behandling av sykdom gjør det nødvendig, og behandlingen ikke kan gis under ordinær gjennomføring av straffen" jfr. strgfjl. § 10 tredje ledd jfr. § 13. Formålet med bestemmelsen er å "sikre at innsatte får forsvarlig helsehjelp som ikke kan gis i fengselet, og som ikke kan utsettes til etter løslatelse".⁸⁸ Dette er også i tråd med de føringer strgfjl. § 4 legger på at kriminalomsorgen skal samarbeid med andre offentlige etater og legge "til rette for at domfelte og innsatte i varetekt får de tjenester som lovgivningen gir dem krav på." Det er dessuten verd å merke seg at sykehuset ikke kan skrive pasienten ut uten at fengselet får beskjed først.⁸⁹ Pasienten tilbakeføres så til ordinær soning i fengselsinstitusjon. Kriminalomsorgen har videre ingen hjemmel til å videreføre tvangsmedikasjon av den innsatte, slik at selv om det er gjennomført et tvangsmedisineringsregime i psykiatrisk institusjon, kan tvangsmedisinering ikke skje i fengselet.⁹⁰

⁸⁶ Randi Rosenqvist og Kirsti Rasmussen, *Rettspsykiatri i praksis*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 110.

⁸⁷ Se rundskriv G-115/92 ved Sosialdepartementet og Justis- og politidepartementet, hvor det heter "at de materielle vilkår for innleggelse etter lov om psykisk helsevern må være oppfylt" for at en sikringsdømt skal kunne overføres til opphold i helsevesenet. Rundskrivet gir for øvrig retningslinjer for overføring av sikringsdømte eller straffedømte til det psykiske helsevern.

⁸⁸ Georg Høyer og Odd Steffen Dalgard, *Lærebok i rettspsykiatri*, Oslo 2002 s. 292.

⁸⁹ Randi Rosenqvist, *Rettspsykiatri – en introduksjon*, Oslo 2009 s. 58.

⁹⁰ Georg Høyer og Odd Steffen Dalgard, *Lærebok i rettspsykiatri*, Oslo 2002 s. 292. Se også Randi Rosenqvist, *Rettspsykiatri – en introduksjon*, Oslo 2009 s. 58. Det er kun godkjent institusjon som kan

Rammene for bruk av tvang i fengselet bestemmes av Forskrift 22. februar 2002 nr. 183 til lov om straffegjennomføring § 3-11.⁹¹

At man i det etablerte system i psykisk helsevernloven har en relativt utstrakt mulighet til å føre kontroll og utøve tvang overfor vanskelige pasienter, taler mot at overføring kan skje. Disse hjemlene bør isolert sett være tilstrekkelige til å håndtere farlige pasienter uten at fengselsvesenet må overta ansvaret for vedkommende. Dersom den domfelte viser seg å være lite samarbeidsvillig rundt behandling og er utagerende og aggressiv, har det likevel gode grunner for seg at man har mulighet til å benytte seg av overføringsadgangen. I slike tilfeller vil anstalt innen kriminalomsorgen ha en utstrakt mulighet til å utøve fysisk kontroll dersom det skulle vise seg nødvendig. Fengslene har dessuten en institusjonell utforming som gjør dem bedre rustet til å håndtere voldsom atferd, og dermed sikre samfunnsstryggheten i større grad enn helseinstitusjonene. På den andre siden vil personer som lider av psykiatrisk sykdom ha bedre forutsetninger til å bli frisk dersom de får behandling i en helseinstitusjon. Selv om alle har krav på nødvendig medisinsk behandling, er ikke fengselshelsetjenesten godt nok rustet og spesialisert til å håndtere psykiatrisk sykdom. Ved en overføring fra helseinstitusjon til anstalt innen kriminalomsorgen, er det sannsynlig at domfelte må belage seg på et mer begrenset behandlingstilbud enn behovet kanskje tilsier.

Når det gjelder helsetilbud i fengselet ble det i desember 1979 avgitt innstilling til Justisdepartementet som foreslo at de fengselsinnsatte skulle gis samme behandlingstilbud som befolkningen for øvrig.⁹² Drøftelsen i forarbeidene fremhever at overføringer mellom helsevesenet og fengselsanstaltene er problematiske. Særlige utfordringer relaterer seg, for det første, til diagnostiske uenigheter hos behandlere. Andre tilfeller som er problematiske er der den innsatte behandles for sin psykose og blir frisk, men som ved tilbakeføring til fengselsanstalt får et tilbakefall til den psykotiske tilstand. Det ble dessuten reist ressursproblematikk i psykiatriske institusjoner og tilfeller hvor den innsatte ikke er syk nok til å få tilbud om annet enn poliklinisk behandling. Fengselssykehuset ble foreslått opprettet, men

anvende tvang, se Forskrift om etablering og gjennomføring av tvungent psykisk helsevern m.m. (psykisk helsevernforskriften) 16. desember 2011 nr. 1258 § 24.

⁹¹ Se også Retningslinjer til lov om gjennomføring av straff mv (straffegjennomføringsloven) og forskrift til loven, fastsatt av Kriminalomsorgens sentrale forvaltning 16. mai 2002, med hjemmel i forskrift til lov om straffegjennomføring av 22. februar 2002 § 7-1. Under kapitteloverskriften "Bruk av tvangsmidler i fengsel" hvor tvangsmidlene hovedsakelig kan brukes til å opprettholde orden og disiplin. Disse tvangsmidlene er hånd- og transportjern eller tilsvarende, eksempelvis strips, kølle, skjold, sikkerhetscelle og sikkerhetsseng og gassboks.

⁹² NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" s. 28 flg.

ikke gjennomført i tråd med forslaget. Et nytt utvalg ble opprette i januar 1982 (Weisæth-utvalget) for å "utrede tiltak innen det psykiske helsevern og fengselsvesenet" med den hensikt å finne ut hvordan man kan gi et tilfredsstillende tilbud om behandling for psykiske problemer for de innsatte.⁹³ Det ble foreslått opprettet en institusjon som skulle "være så vesensforskjellig fra de andre fengslene at den bør etableres som egen enhet".⁹⁴ Enheten ble populært kalt Gråsoneanstalten. Forslaget om disse anstaltene ble imidlertid ikke gjennomført, på grunn av ressursmessige utfordringer. I nyere tid har man vedtatt å etablere en enhet innen regionale sikkerhetsavdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå.⁹⁵ Sikkerhetsavdelingen med særlig høyt sikkerhetsnivå skal imidlertid ikke opprettes som en egen enhet, men i forlengelsen av tilbudet som allerede eksisterer ved Regionale sikkerhetsavdelinger. Det fremstår dermed slik at man til stadighet forsøker å finne gode alternative løsninger til å overføre psykiatriske pasienter til fengselet, og omvendt, uten å ha kommet nærmere et fullgodt resultat.

5.3.5 Hvordan fengselsoppholdet antas å virke

Det siste vurderingskriteriet under "særlige grunner" er hvordan et fengselsopphold antas å virke på den særreaksjonsdømte dersom overføring i medhold av phlsvl. § 5-6 gjennomføres. Vurderingsmomentet er av subjektiv karakter og gir således rom for individuelle betraktninger, i tillegg til at det må foretas en konkret vurdering etter forholdene i hver enkelt sak. Det må altså tas utgangspunkt i den enkeltes behov for behandling og hvordan en eventuell overføring vil innvirke på sykdomstilstanden. I vurderingen må det ses hen til om overføring fra helsevesen til kriminalomsorgen er hensiktsmessig, og hvordan den domfelte vil reagere på en slik institusjonell endring. Momentet krever en avveining mellom hensynet til den enkeltes behandlingsbehov og samfunnets behov for vern. Spørsmålet er hvilken betydning fengselsoppholdets virkning har i helhetsvurdering av "særlige grunner". I denne forbindelse legges det til grunn at det må foretas en hypotetisk analyse av utviklingen i etterkant av overføringen, samt en vurdering av prognosene for sykdomsutviklingen hos den enkelte.

Særreaksjonsutvalget foretar heller ikke i dette henseende noen avklarende drøftelse om hva som nærmere ligger i vurderingskriteriet, ei heller hvilken vekt momentet skal ha i helhetsvurderingen.⁹⁶

⁹³ Ibid. s. 29.

⁹⁴ Sitat fra Weisæth-utvalgets innstilling gjengitt i NOU 1990: 5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner på s. 29.

⁹⁵ Prop. 108 L (2011-2012) "Endringer i psykisk helsevernloven (regionale sikkerhetsavdelinger og enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå m.m.)." Se også forutgående høringsnotat fra Helse og omsorgsdepartementet datert 01.03.12, Innst. 317 L og Lovvedtak 73.

⁹⁶ NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner".

Momentet blir dermed stående som en del av oppramsingen av hvilke momenter det bør legges vekt på som en del av vilkåret "særlige grunner" i phlsvl. § 5-6. En kan imidlertid tenke seg at formålet med å vurdere virkningen av et fengselsopphold, er å plassere seg i den særreaksjonsdømtes situasjon og vurdere hvorvidt det er en effektiv løsning å holde vedkommende i fengselsinstitusjon fremfor i behandlingsinstitusjon. Det rådende hensyn ved denne vurderingen må være hensynet til den særreaksjonsdømte og hvilke konsekvenser en endring i gjennomføringen av reaksjonen vil få for den enkelte. Selv om psykosen ikke lenger er en del av den særreaksjonsdømtes sykdomsbilde, er det ikke dermed sagt at vedkommende er frisk. For den pasientgruppen som fortsatt er i behov av behandling for å oppnå et minimum av funksjonsnivå i hverdagen, er det sannsynlig at et fengselsopphold ikke nødvendigvis bidrar til en positiv bedringskurve. En tydelig begrensende faktor for overføring settes imidlertid også av EMK artikkel 3, forbudet mot tortur og umenneskelig behandling, og artikkel 5 bokstav e, retten til frihet og sikkerhet. Begge disse faktorene drøftes mer utførlig under oppgavens avsnitt 6 og 7.

Med tanke på at Høyesterett i Rt. 2011 s. 1043 er sparsom i sin omtale av de ulike vurderingsmomentene, skal de lavere instansers vurderinger brukes som eksempel i relasjon til dette vurderingsmomentet også. Tingretten tolket vurderingsmomentet som en oppfordring til å se hen til "hvilket tilbud (...) vil få ved en overføring til en anstalt under kriminalomsorgen".⁹⁷ Domstolen går så videre i vurderingen og forutsetter at gjerningspersonen ved en eventuell overføring "gis et annet tilbud enn hva ordinære soningsfanger får".⁹⁸ Forarbeidene synes å legge til grunn et lignende synspunkt.⁹⁹ Det ligger dessuten et krav fra EMK om at det må nær "sammenheng mellom grunnlaget for frihetsberøvelsen og stedet/forholdene der frihetsberøvelsen blir gjennomført".¹⁰⁰ Det er således en

⁹⁷ Bergen tingrett dom 25.11.10 saksnr. 10-147924MED-BBYR/03 s. 8.

⁹⁸ Ibid. s. 8.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) "Om lov om endringer i straffeloven m.v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner)" s. 119: "Det er fengselsvesenet som avgjør hvilken anstalt den særreaksjonsdømte skal overføres til. Departementet vil peke på at det dreier seg om personer som har mye til felles med de forvaringsdømte når det gjelder tilstand og behov. De må derfor gis et tilbud med et annet innhold enn det ordinære soningsfanger får. Det kan være naturlig at slike overførte særreaksjonsdømte vurderes plassert i den såkalte Gråsoneanstalten når den opprettes." Sitatet har to skrivefeil, hvor den korrekte stavemåte åpenbart er "ordinære" og "såkalte". For kort omtale av Gråsoneanstalten, se for øvrig avsnitt 4.3.4 for en kort omtale, samt NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" s. 29-31 og s. 127 flg.

¹⁰⁰ Bergen tingrett dom 25.11.10 saksnr.: 10-147924MED-BBYR/03. For nærmere omtale av EMK, se oppgavens avsnitt 6.

riktig forutsetning at anstalten som tar imot den domfelte må kunne gi et tilfredsstillende tilbud som er i samsvar med den enkeltes behov.

Slik fengselsvesenet og helsevesenet er bygd opp i dag, er det lite som tyder på at kriminalomsorgens anstalter har tilstrekkelig medisinsk kompetanse til å ivareta sinnslidende særreaksjonsdømte. Det fremstår imidlertid slik at også helseinstitusjonene har problemer med å håndtere personer som utgjør en særlig samfunnsfare og utviser aggressiv og utagerende atferd. For å tilfredsstille behandlingsbehovet hos de som overføres til fengsel etter dom på tvungent psykisk helsevern, blir man således nødt til å gjøre enkelte strukturelle endringer i straffegjennomføringen. Også lokaliteter må tilfredsstille behovet til den enkelte. Det blir til syvende og sist et spørsmål om ressursfordeling når man skal forsøke å finne en tilfredsstillende løsning for de særreaksjonsdømte som kan overføres. Tidligere forslag hvor tanken er å opprette egne anstalter som bedre skal ivareta behandlingshensynet har gode grunner for seg, i det monn de tar opp i seg behandlingsperspektivet fra psykiatrien og sikkerhetsperspektivet fra kriminalomsorgen. Løsningen på utfordringen slik den fremstår i dag er det vanskelig å si noe konkret om. Det er imidlertid ikke slik at opprettelsen av nye anstalter nødvendigvis forenkler situasjonen, idet man her får spørsmål om hvilket regelverk som skal være styrende for den nye anstalten, faglige utfordringer samt ressursmessige fordelingsspørsmål.

I et forsøk på å løse utfordringene som oppstår i relasjon til de særreaksjonsdømte lovbrysterne, som fortsatt er farlige, er det gitt en sikkerhetsventil i form av overføring fra helsevesenet til anstalt innen kriminalomsorgen. Hovedbegrunnelsen for å overføre disse personene til anstalt innen kriminalomsorgen er at de utgjør en trussel for samfunnsvernet, selv uten psykoselidelsen, altså i tilregnelig tilstand. Det er likevel viktig at man ved vurderingen av overføringen hensyntar muligheten for at den domfelte raskt vil falle tilbake til en psykotisk problematikk dersom fengselsoppholdet blir en for stor belastning. Ved å inkludere en vurdering av hvordan fengselsoppholdet vil virke som en del av "særlige grunner", er det mye som tyder på at man blir i stand til å forhindre uhensiktsmessige overføringer og således motvirke at den domfelte blir utsatt for gjentatte institusjonelle overføringer.

6 Særskilt om EMK i relasjon til vilkåret "særlige grunner"

6.1 Artikkel 3 og artikkel 5 nr. 1 bokstav e i fokus¹⁰¹

EMK "skal gjelde som norsk lov" jf. mnskrl. § 2 nr. 1 og "skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning." jfr. mnskrl. § 3.¹⁰² Bestemmelsene i EMK har således relevans ved tolkning av norske rettsregler. I relasjon til oppgavens tema om overføring fra helseinstitusjon til anstalt innen kriminalomsorgen og vilkåret "særlige grunner", er det primært artikkel 3 (forbudet mot tortur og umenneskelig behandling) og artikkel 5 nr. 1 bokstav e (forbud mot ulovlig frihetsberøvelse) som aktualiseres. Konsekvensen av EMK artikkel 3 og artikkel 5 nr. 1 bokstav e som begrensende faktor i relasjon til vurderingen av "særlige grunner" skal drøftes i det følgende.

Utgangspunktet for drøftelsen er, som tidligere nevnt, dom på tvungent psykisk helsevern jfr. strl. § 39. Det blir først tale om overføring etter phlsvl. § 5-6 dersom den domfelte underveis i reaksjonsgjennomføringen blir frisk fra sin psykose. Hvorvidt man kan overføre vedkommende betinger at visse nærmere angitte vilkår er oppfylt. Som en del av vurderingen "særlige grunner" i phlsvl. § 5-6, må også betingelsene etter EMK være oppfylt for at overføring skal kunne skje. Oppgavens del II vil i større grad problematisere hvorvidt overføring fra helseinstitusjon til anstalt innen kriminalomsorgen i realiteten gjør at særreaksjonen rubrises som straff. Hovedfokus i det følgende vil være på hvilken måte EMK artikkel 3 og artikkel 5 nr. 1 bokstav e er med på å begrense overføringsadgangen i medhold av phlsvl. § 5-6. Hvorvidt dom på tvungent psykisk helsevern i det hele tatt er i samsvar med EMK faller utenfor kjerneproblemet i oppgaven, og vil derfor ikke behandles i det følgende. Det sentrale spørsmål er om de kriteriene EMK artikkel 3 og artikkel 5 nr. 1 bokstav e oppstiller, legger noen begrensninger på overføringsadgangen og hvordan vilkåret "særlige grunner" må forstås, sett i sammenheng med EMK.

¹⁰¹ Council of Europe Committee of Ministers har i tillegg utarbeidet et eget regelverk som skal sikre rettigheter og beskyttelser for personer som lider av en psykiatrisk sykdom og er plassert under tvang. Utvalgte deler av regelverket er også utformet med tanke på personer som har en sinnslidelse og samtidig underlagt rettslig forfølgelse jfr. artikkel 1. Se Recommendation No. R (83) 2, Adopted by the Committee of Ministers on 22 February 1983 at the 356th meeting of the Minister's Deputies.

¹⁰² Oppgaven vil som utgangspunkt forholde seg til den norske oversettelsen av konvensjonen og supplerer med de engelske uttrykkene der det er nødvendig for å få frem nyansene i begrepsbruken.

6.2 EMK artikkel 3 – forbudet mot tortur og umenneskelig behandling

EMK artikkel 3 bestemmer at "[i]ngen må bli utsatt for tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff." Forbudet er nedfelt uten reservasjoner.¹⁰³ At forbudet er nedfelt uten reservasjoner innebærer at artikkel 15, som normalt åpner for å fravike visse forpliktelser i nødstilstand, erklærer i nr. 2 at "[i]ntet fravik (...) skal bli gjort" fra blant annet artikkel 3. EMK artikkel 3 er altså ufravikelig, og kan ikke tilsidesettes selv om det oppstår en krigs- eller nødssituasjon. De øvrige bestemmelsene som omfattes av derogasjonsforbudet er ikke relevante for oppgaven, og behandles følgelig ikke her. Idet artikkel 15 erklærer at man ikke kan fravike forbudet mot tortur i artikkel 3, tolkes konvensjonen dit hen at tortur eller umenneskelig behandling aldri kan legitimeres, uavhengig av omstendighetene i samfunnet.¹⁰⁴ Det sentrale spørsmål i relasjon til oppgavens tematikk er hvorvidt det strider mot EMKs forbud mot tortur og umenneskelig behandling at en særreaksjonsdømt, som i utgangspunktet er straffri, overføres til anstalt innen kriminalomsorgen etter phlsvl. § 5-6.

EMD har i sin praksis etablert en nedre grense for hva som er å anse som mishandling i artikkel 3s forstand. Den urettmessige behandlingen må innebære "a minimum level of severity" og avhenger av "all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim".¹⁰⁵ Minimumskravet for at en behandling skal være tortur eller umenneskelig i konvensjonens forstand, er at den under enhver omstendighet må strekke seg lenger enn den lidelse eller ydmykelse som følge av enhver form for legitim behandling eller avstraffelse. EMD uttaler videre i *Labita v. Italy* at umenneskelig behandling omfatter handlinger som påføres med hensikt/overlegg, anvendes kontinuerlig over et lengre tidsrom og forårsakes enten ved kroppslig skade eller intensiv fysisk og mental lidelse.¹⁰⁶ Som en del av vurderingen av "særlige grunner" i phlsvl. § 5-6 er det en del av vurderingen å se på hvilken virkning fengselsoppholdet antas å ha på den særreaksjonsdømte. I denne forbindelse kan man se sammenhengen mellom vurderingen etter norske kriterier og den vurderingen EMK gir anvisning på. Begge vurderingskriteriene tar utgangspunkt i at individuelle hensyn spiller en rolle i helhetsvurderingen av om frihetsberøvelsen er legitim eller ikke.

¹⁰³ "Even in the most difficult circumstances, such as the fight against organised terrorism and crime, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment." Case of *Aksoy v. Turkey* Application No. 21987/93, Judgement Strasbourg 18 December 1996 para 62.

¹⁰⁴ *Aksoy v. Turkey* para 62.

¹⁰⁵ Se blant andre: Case of *Labita v. Italy* Application No. 26772/95 Judgement Strasbourg 6 April 2000 para 120.

¹⁰⁶ *Ibid.* para 120.

Når det så gjelder nedverdiggende behandling, uttaler domstolen i Hellas-saken at "[t]reatment or punishment of an individual may be said to be degrading if it grossly humiliates him before others or drives him to act against his will or conscience".¹⁰⁷ Det har dessuten vært tradisjon for å legge vekt på hvorvidt behandlingen er egnet til å fremkalle en følelse av frykt, pine eller angst og underlegenhet hos "offeret" i den hensikt å ydmyke og fornedre vedkommende.¹⁰⁸ EMDs kriterier gir anvisning på en subjektiv vurdering av de konkrete forholdene i hver enkelt sak. Sett i lys av vilkåret om "særlige grunner" gir momentene dog en indikasjon på at mottakerinstitusjonen må tilrettelegge forholdene innad institusjonen i en slik grad at den enkeltes behov er tilfredsstilt, for ikke å stride mot EMK artikkel 3. Videre legger EMD tilsynelatende føringer på hvilken behandling som anses for å være inakseptabel og hvilke handlinger som kan gi grunnlag for brudd på forbudet mot tortur og umenneskelig behandling. Lignende betraktninger sees igjen blant annet i momentet hvor man må vurdere hvordan fengselsoppholdet antas å virke jfr. avsnitt 5.3.5 og Bergen Tingretts argumentasjon i dommens s. 8.¹⁰⁹

For å avgjøre om en overføring strider mot artikkel 3, må en se på hva som ligger i begrepene tortur og umenneskelig behandling. Grensedragningen mellom hva som er "tortur" og hva som er "umenneskelig eller nedverdiggende behandling" i medhold av artikkel 3 er dog noe flytende. Det har likevel vært ansett slik at nyanseforskjellen mellom disse kriteriene hovedsakelig viser seg i graden av intensitet i den lidelsen personen blir påført.¹¹⁰ EMD har imidlertid presumert at de belastninger en person blir utsatt for, må bli påført med hensikt og vilje for å oppfylle kriteriene i artikkel 3.¹¹¹ Det har imidlertid formodningen mot seg at torturlignende behandling forekommer i norske institusjoner, det være seg innen helsevesenet eller kriminalomsorgen. Særlig fordi de administrative kontrollhjemlene i psykisk

¹⁰⁷ Hellas saken er også kjent som "The Greek Case" og er Application No. 3321/67, Denmark v. Greece; No. 3322/67, Norway v. Greece; No 3323/67, Sweeden v. Greece; No. 3344/67 Netherlands v. Greece i Council of Europe, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, Dordrecht 1969 s. 186.

¹⁰⁸ Labita v. Italy para 120.

¹⁰⁹ Bergen tingrett dom 25.11.10 saksnr.: 10-147924MED-BBYR/03.

¹¹⁰ Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th edition, Antwerpen 2006 s. 406. Jfr. Case of Ireland v. The United Kingdom Judgement Strasbourg 18 January 1978 para 162.

¹¹¹ Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th edition, Antwerpen 2006 s. 407: "In addition to the severity of the treatment there must, according to the Court, be a purposive element, as has been recognised in the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, which defines torture in terms of the intentional infliction of severe pain or suffering." Se også Case of Salman v. Turkey Application no. 21986/93 Judgement Strasbourg 27 June 2000 para 114.

helsevernloven kun tillater begrenset bruk av tvang ved gjennomføringen av det psykiske helsevern.¹¹² I tillegg begrenses kriminalomsorgens bruk av tvang av eget regelverk, hvor kun et utvalg av tvangsmidler kan tas i bruk i spesielle situasjoner.¹¹³

Når det gjelder bruk av tvangsmidler i fengslene kan disse kun benyttes i nærmere angitte tilfeller jfr. strgf. § 38 bokstav a)-f). "Tvangsmidler må være godkjent av Kriminalomsorgens sentrale forvaltning før de tas i bruk".¹¹⁴ Vilkåret "særlige grunner" gir ingen anledning til, eller grunnlag for, å foreta en nærmere vurdering om behandlingen er tortur, i samme utstrekning som EMK gir anvisning på. Gitt at reglene i psykisk helsevernloven og straffegjennomføringsloven følges, er det liten grunn til å anta at slike tiltak vil bryte med artikkel 3.

Overføringsadgangen begrenser seg imidlertid til tilfeller hvor den særreaksjonsdømte har vært psykotisk. Det vil derfor i større grad være aktuelt å reise spørsmål om mentale lidelser faller inn under EMK artikkel 3s virkeområde. Konvensjonen fokuserer i hovedsak på de fysiske lidelsene som en del av torturbegrepet ved spørsmålet om tortur og umenneskelig behandling. Likevel er det klart forutsatt at også mentale lidelser faller inn under EMK artikkel 3 og dennes virkeområde.

Med tanke på oppgavens problemstilling, er det særlig relevante i denne forbindelse hvilken mental belastning en overføring til anstalt innen kriminalomsorgen vil utgjøre for en person som i utgangspunktet er dømt til tvungen helsevern. I konvensjonens forstand er mentale lidelser regnet som "the infliction of mental suffering by creating a state of anguish and stress by means other than bodily assault".¹¹⁵ Tiltak som iverksettes og har et rehabiliterende formål vil etter EMK som utgangspunkt ikke kvalifisere til å være umenneskelig behandling etter artikkel 3. Behandlingstiltak vil ikke falle inn under artikkel 3 selv om den som mottar behandlingen vil oppleve situasjonen som smertefull eller

¹¹² Se phlsvl. kapittel 4.

¹¹³ Som tidligere nevnt i avsnitt 5.3.4 samt note 90 og 91.

¹¹⁴ Birgitte Langset Storvik, *Straffegjennomføring etter lov av 18. mai 2001 nr. 21*, 2. utgave, Kristiansand 2011 s. 199. Når det gjelder hvilke tvangsmidler som er godkjent, se oppgavens note 91.

¹¹⁵ Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th edition, Antwerpen 2006 s. 417.

belastende.¹¹⁶ De tiltak som iverksettes må imidlertid ikke strekke seg lenger enn det som er nødvendig ut fra situasjonen og heller ikke overskride en varighet utover det nødvendige.¹¹⁷

Når det så gjelder behandling av sinnslidende pasienter gir konvensjonen anvisning på en interesseavveining hvor spørsmålet er "whether the balance between requirements of security and basic individual rights was not disrupted to the detriment of the latter".¹¹⁸ Interesseavveiningen mellom hensynet til samfunnsvern og hensynet til den enkeltes behov er i tråd med den vurdering forarbeidene til phlsvl. § 5-6 gir anvisning på.¹¹⁹ Videre spiller det en rolle hvor farlig domfelte en har med å gjøre.¹²⁰ I dette vurderingsmomentet kan man se likhetstrekk til den vurdering som skal foretas etter phlsvl. § 5-6. Særreaksjonsutvalget har blant annet fremhevet at man skal ta hensyn til hvor farlig domfelte er jfr. avsnitt 5.3.2. Dessuten er det overordnede formålet med særreaksjonen dom på tvungent psykisk helsevern, nettopp å verne samfunnet mot den trussel gjerningspersonen utgjør mot "andres liv, helse eller frihet" jfr. strl. § 39.

Det generelle utgangspunkt etter konvensjonen er altså at det stilles krav til institusjonens strukturelle utforming samt evne til å tilrettelegge et opplegg for den enkelte, for å unngå brudd på artikkel 3. Eksempel på at det ble stilt krav til institusjonen finner vi blant annet i saken Kudla v. Poland.¹²¹ I denne saken ble saksøkeren fremstilt for domstolen i Polen, tiltalt for svindel og forfalskning. Det var imidlertid kjent at saksøkeren slet med flere lidelser, deriblant depresjon. Saksøkeren ble undersøkt av lege før fengsling, men det ble konkludert med at vedkommende var frisk nok til å sitte i fengsel. Etter et selvmordsforsøk samt en sultestreik i fengselet, ble det anbefalt at dersom soningen skulle fortsette, var det beste å overføre personen til psykiatrisk avdeling ved fengselssykehuset. Saksøkeren klagde Polen inn for EMD med bakgrunn i påstander om at det var et brudd på EMK artikkel 3 at han ikke hadde blitt

¹¹⁶ Case of Herczegfalvy v. Austria Application no. 10533/83 Judgement Strasbourg 24 September 1992 para 82.

¹¹⁷ Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th edition, Antwerpen 2006 s. 418.

¹¹⁸ Ibid. s. 419 jfr. Report of 16 December 1982, D&R 34 (1983) p. 52. Boken viser dessuten til en dom kalt "Kröcher and Möller". Det har ikke vært mulig å gjenfinne dommen i HUDOC sin database http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage_EN.

¹¹⁹ Se også avsnitt 4.1.1 samt NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" s. 71 og 72.

¹²⁰ Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th edition, Antwerpen 2006 s. 420.

¹²¹ Case of Kudla v. Poland Application no. 30210/96 Judgement Strasbourg 26 October 2000.

lagt inn ved psykiatrisk avdeling, og at ingen reelle forsøk på å behandle hans depresjon ble gjennomført. Saksøkeren påstod at mangel på behandling samt at dette resulterte i suicidforsøk var nedverdiggende og umenneskelig behandling. Domstolen trekker en nedre grense ved at artikkel 3 ikke kan tolkes til inntekt for at tilbakeholdelse i institusjon strider mot artikkel 3. Artikkelen kan heller ikke tolkes slik at den på generelt grunnlag nedfeller et påbud om å plassere vedkommende i et sivilt sykehus for å tilrettelegge for best mulig behandling.¹²² På denne måten kan man si at også "særlige grunner" fordrer en vurdering av hvorvidt frihetsberøvelse er nødvendig for å ivareta samfunnsvernet. Uttalelsene fra domstolen trekker her i retning av at det må foretas en konkret vurdering ut fra den enkeltes behov for behandling.

Det er ellers statens oppgave å sikre at forholdene blir tilrettelagt på en slik måte at sentrale menneskerettigheter som respekt og personlig integritet ivaretas. Praksis har fremhevet det som viktig at "the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of any intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured, by among other things, providing him with the requisite medical assistance".¹²³ Selv om saken Kudla v. Poland dreide seg om straff og dermed faller utenfor kjerneområdet oppgaven skal behandle, taler gode grunner for at samme kvalitetskrav til behandling må stilles uavhengig av hvilken institusjon som overfører og hvilken institusjon som tar imot vedkommende. Når så vilkåret "særlige grunner" fordrer at man blant annet skal vurdere alternative reaksjonsformer, ligger det implisitt et krav om at dette må ses i forhold til hva fengselsinstitusjonen kan tilby den særreaksjonsdømte.¹²⁴ For at en overføring skal være forsvarlig, må kriminalomsorgens anstalt kunne påvise et behandlingstilbud som er tilpasset den domfelte. Slik overføringsadgangen er lagt opp i phlsvl. § 5-6, vil et institusjonsskifte være betinget av at anstalt innen kriminalomsorgen er i stand til å gi adekvat pleie og behandlingstilbud overfor den særreaksjonsdømte.

I forlengelsen av å stille krav til tilfredsstillende og adekvat pleie og behandling, har EMD oppstilt noen hensyn det må tas høyde for i vurderingen av institusjonens egnethet. Det skal tas hensyn til "the size of the cell and the degree of overcrowding, sanitary conditions, opportunities for recreation and exercise, medical treatment and supervision and the prisoner's state of health".¹²⁵ Selv om det i Assenov and Others v. Bulgaria var snakk om forholdene i fengselsceller, taler gode grunner for at også de samme institusjonelle kriterier må være oppfylt ved sykehusinstitusjoner. Ved opphold i sykehus kommer

¹²² Ibid. para 93.

¹²³ Ibid. para 94.

¹²⁴ Se også Bergen tingrett dom 25.11.10 saksnr.: 10-147924MED-BBYR/03 s. 8.

¹²⁵ Case of Assenov and Others v. Bulgaria Judgement Strasbourg 28 October 1998 para 135.

dessuten behandlingshensynet inn som et ekstra kriterium og stiller strengere krav til den institusjonelle utformingen. At staten har dårlig økonomi og ikke er i stand til å tilpasse soningsforholdene til hver enkelt person, vil aldri være et legitimt argument for å unnlate å foreta de nødvendige tiltak. Kommisjonen forutsetter således en minstestandard av behandling som staten må kunne tilby sine borgere.

Grunnvilkåret for å bli idømt tvungent psykisk helsevern etter strl. § 39 er at personen må være samfunnsfarlig. Det er nærliggende å anta at en person som vurderes til å være en trussel for samfunnet er like farlig uavhengig av hvilken institusjon som blir satt til å håndtere vedkommende. Særlig farlige individer, som gjerne utgjør kjernegruppen for bruk av overføringsadgangen, er ofte ressurskrevende å håndtere og må gjerne isoleres fra omverdenen for å kunne ivareta samfunnets behov for beskyttelse. Spørsmålet er derfor om isolasjon av en person som har en sinnslidelse, bryter med artikkel 3 og kravet om "særlige grunner". Det er dessuten av sentral betydning å avgjøre hvorvidt det skal mindre til før en konstaterer konvensjonsbrudd i tilfeller hvor personen er psykisk syk sammenlignet med en tilregnelig lovbryster.

Kommisjonens grunnholdning er at opphold på isolat ikke nødvendigvis er umenneskelig behandling i relasjon til artikkel 3, men at isolasjon som hovedregel ikke er ønskelig.¹²⁶ Dersom en person likevel blir undergitt isolasjon, er det en forutsetning at de konkrete forholdene rundt vedkommende tilpasses med tanke på "the surrounding circumstances, including the particular conditions, the stringency of the measure, its duration, the objective pursued and its effects on the person concerned, and also the question whether a given minimum of possibilities for human contact has been left to the person in question".¹²⁷ Ved vurderingen av om isolasjonen strider mot forbudet mot tortur og umenneskelig behandling i artikkel 3, skal det altså tas hensyn til hvor streng isolasjonen er, varigheten av isolasjonen, formålet med tiltaket og hvilken innvirkning isolasjonen har på vedkommendes helsetilstand.¹²⁸ For ikke å bryte med prinsippet nedfelt i EMK artikkel 3 er det av sentral betydning at det opprettholdes en minimumsstandard hva gjelder sosial kontakt med omverden, idet mangel på sensorisk og sosial stimuli

¹²⁶ Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th edition, Antwerpen 2006 s. 421.

¹²⁷ Ibid. s. 421. Se også Case of Rohde v. Denmark Application no. 69332/01 Judgement Strasbourg 21 July 2005 para 93.

¹²⁸ Peer Lorenzen, Jonas Christoffersen, Nina Holst-Christensen, Peter Vedel Kessing, Sten Scahmburg-Müller og Jens Vedsted-Hansen, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer*, 3. udgave, København 2011 s. 211.

kan ødelegge selvfølelsen hos en person, og dermed kan bli oppfattet som umenneskelig behandling.¹²⁹ EMD har videre fastslått at isolasjon i tråd med "security, disciplinary or protective reasons does not in itself amount to inhuman treatment or punishment".¹³⁰ Uttalelsen kan dermed tolkes til inntekt for at et institusjonelt bytte, hvor hovedbegrunnelsen for overføring er samfunnsvern, ikke nødvendigvis strider mot de forutsetningene EMK nedfeller.

På generelt grunnlag angir domstolen at det dersom det gjøres vedtak om isolasjon må det stilles prosessuelle sikkerhetsgarantier for den enkeltes velferd, i tillegg til at tiltaket må være proporsjonalt med det situasjonen krever.¹³¹ Å understreke alvorligheten av bruken av isolat, lister domstolen opp fem kriterier som må være vurdert ved bruk av isolasjon. Isolasjon skal først og fremst forbeholdes brukt i eksepsjonelle tilfeller og etter at alle forholdsregler er tatt.¹³² Disse betingelsene gir assosiasjoner til vurderingen av "særlige grunner" og forarbeidsuttalelsen om at det kun er eksepsjonelle tilfeller som skal omfattes av overføringsadgangen. For det andre må avgjørelsen om bruk av isolat basere seg på reelt grunnlag både ved tiltakets vedtakelse så vel som ved forlengelse av perioden. For det tredje skal det være mulig å fastslå at myndighetene har vurdert situasjonen ut fra den enkeltes forhold, situasjon og oppførsel og at avgjørelsen er velbegrunnet. Det stilles krav om økende grad av detaljrikdom og overbevisende argumentasjon i takt med lengre perioder med isolasjon. Som en fjerde betingelse må det etableres et system som på en tilfredsstillende måte gir individet tilstrekkelig oppfølging både mentalt og fysisk. Til slutt er det en forutsetning at den som isoleres kan få prøvd grunnlaget for en beslutning om forlenget isolasjon av en uavhengig rettslig myndighet.¹³³ EMD har dermed etablert en svært restriktiv praksis for å anse bruk av isolat som brudd på konvensjonens artikkel 3. Dette er i tråd med den praktisering forarbeidene forutsetter av overføringsadgangen. Det er dessuten også et krav etter phlsvl. § 5-6 at overføring først vil være mulig dersom retten bestemmer det.

¹²⁹ Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th edition, Antwerpen 2006 s. 421.

¹³⁰ Case of Öcalan v. Turkey Application no. 46221/99 Judgement Strasbourg 12 May 2005 para 191.

¹³¹ Case of Babar Ahmad and Others v. The United Kingdom Application nos. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 and 67354/09 Judgement Strasbourg 10 April 2012 para 212.

¹³² De aktuelle forholdsreglene er nærmere spesifisert i Recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules (Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers Deputies) paragraph 53.1.

¹³³ De fem momentene er hentet fra saken Babar Ahmad and Others v. The United Kingdom para 212. Momentene er en videreutvikling av det som tidligere ble uttalt i Case of Ramirez Sanchez v. France Application no. 59450/00 Judgement Strasbourg 4 July 2006 para 139.

Når det gjelder isolasjon og hvilken innvirkning reaksjonsformen kan ha på den enkeltes helse, understreker EMD i Rohde v. Denmark at det er statens plikt å ivareta helsetilstanden til den frihetsberøvede, og at mangel på medisinsk pleie kan utgjøre et brudd på artikkel 3.¹³⁴ Domstolen understreker viktigheten av å ha et system som på en tilfredsstillende måte overvåker og følger opp den enkeltes fysiske og mentale tilstand, også ved forlenget isolasjonsopphold.¹³⁵ Det ligger til vilkåret "særlige grunner" å vurdere hvor stabil sinnstilstanden til den domfelte er, i tillegg til at loven stiller krav om at den særreaksjonsdømte ikke lenger må være psykotisk for at overføring kan skje jfr. phlsvl. § 5-6 jfr. strl. § 44 (1). Skulle imidlertid den særreaksjonsdømte få et tilbakefall eller et psykotisk gjennombrudd i etterkant av overføringen, er det mulig å tilbakeføre vedkommende til helsevesenet jfr. phlsvl. § 5-8. At psykisk helsevernloven har disse kontrollhjemlene, taler for at systemet rundt den særreaksjonsdømte baserer seg på at tilstanden til vedkommende vurderes fortløpende underveis i reaksjonsgjennomføringen. For ikke å komme i konflikt med EMK artikkel 3 er det av sentral betydning å gi tilfredsstillende medisinsk behandling.

I K.P.T v. The United Kingdom ble en mann dømt for ran og overfall, anklager som han på sin side bestred.¹³⁶ Han mente seg feilaktig dømt, samt at soningsforholdene i fengselet var uegnet grunnet hans mentale status. I relasjon til artikkel 3 er det sentrale at saksøkeren klagde på sitt opphold i ordinær fengselsinstitusjon, og hevdet at han burde bli overført til en spesiell psykiatrisk institusjon. Han ble av psykiatere beskrevet som å utvise enkelte nevrotiske symptomer, at han var psykopatisk og led av mild paranoia. Det sentrale spørsmål for domstolen var hvorvidt "keeping a mentally disturbed prisoner in ordinary prison might not, in certain circumstances, amount to such inhuman or degrading treatment." Samme spørsmål utgjør kjernen i drøftelsen av om overføring av en person dømt til tvungent psykisk helsevern i fengselsanstalt, strider mot artikkel 3. Kommisjonen fastslo imidlertid i dommen at plassering i fengselsinstitusjon av en mental forstyrret person var akseptabel, under forutsetning av at personen mottok adekvat behandling i institusjonen.¹³⁷

Når det gjelder personer som har en kjent sinnslidelse, skal det i tillegg til de kriteriene som allerede er nevnt i relasjon til artikkel 3, tas hensyn til "their vulnerability and their inability in some cases, to

¹³⁴ Rohde v. Denmark para 99.

¹³⁵ Ramirez Sanchez v. France para 139.

¹³⁶ Case of K. P. T. v. The United Kingdom Application no. 5229/71 Judgement 05 October 1972. Det lar seg ikke gjøre å vise til avsnitt i dommen, idet den er gammel og avsnittene ikke er nummerert i tråd med nyere tradisjon.

¹³⁷ Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th edition, Antwerpen 2006 s. 424.

complain coherently or at all about how they are being affected by any particular treatment”.¹³⁸ Domstolen legger dessuten til grunn at individer som lider av psykiatrisk sykdom ofte og lettere føler seg underlegne og maktesløse og at kravet til at konvensjonen overholdes må derfor skjerpes. I tillegg oppstilles tre momenter som må vurderes dersom en mentalt syk person skal frihetsberøves. Momentene som skal vurderes er vedkommendes medisinske tilstand, adekvansen av den medisinske behandling institusjonen kan tilby vedkommende samt hensiktsmessigheten av å opprettholde frihetsberøvelsen sett i lys av personens helsetilstand.¹³⁹ Ved å stille strenge krav til staten i form av helsetilbud og adekvat behandling, synes det som om terskelen til konvensjonsbrudd senkes noe ved psykiatrisk sykdom sammenlignet med andre tilfeller. Domstolen konstaterer således lettere brudd på artikkel 3 dersom det viser seg at den frihetsberøvende institusjon ikke har vært i stand til å tilby tilstrekkelig og tilfredsstillende tilsyn/behandling av den som lider av psykisk sykdom.¹⁴⁰

Det sentrale spørsmål er etter dette om det er samsvar mellom de kriterier som oppstilles i relasjon til EMK artikkel 3 og vilkåret ”særlige grunner” i phlsvl. § 5-6. Gode grunner taler for at den sentrale skranke og forutsetning for at en frihetsberøvelse ikke skal oppleves som ”nedverdiggende eller umenneskelig behandling” jfr. artikkel 3, er at fengselsinstitusjonen tilpasser sitt regelverk slik at det er mulig å gjennomføre adekvat behandling i anstalten. Tilpasningen i regelverket og selve straffegjennomføringen er nødvendige tiltak, idet fengselsvesenet ikke har behandling som et av sine primærformål. Dersom fengselsinstitusjonen ikke evner å etterleve kravet om å tilby adekvat behandling, vil overføringsadgangen fort kunne komme i konflikt med forbudet mot tortur i artikkel 3. Bakgrunnen for at man da konstaterer konvensjonsbrudd er at det vil oppleves belastende for den domfelte å være underlagt en type regulering som ikke tar høyde for individuelle behov for medisinsk/psykiatrisk behandling. At man ikke mottar medisinsk hjelp i den utstrekning det er behov for det, vil potensielt oppleves svært nedverdiggende, fordi muligheten til å bli frisk og fungere optimalt svekkes idet tilfredsstillende behandling ikke gis.

Et minstekrav etter konvensjonen og praksis knyttet til artikkel 3, vil derfor være at anstalt innen kriminalomsorgen må utstyre seg med de nødvendige institusjonelle forutsetninger, personell og

¹³⁸ Case of Keenan v. The United Kingdom Application no. 27229/95 Judgement Strasbourg 03 April 2001 para 111. Se i tillegg: Herczegfalvy v. Austria para 82, Case of Aerts v. Belgium Application no. 61/1997/845/1051 Judgement Strasbourg 30 July 1998 para 66 og Babar Ahmad and Others v. The United Kingdom para 215.

¹³⁹ Babar Ahmad and Others v. The United Kingdom para 215.

¹⁴⁰ Eksempel på saker hvor det ble konstatert brudd på artikkel 3: Case of Slawomir Musial v. Poland Application no. 28300/06 Judgement Strasbourg 20 January 2009 og Keenan v. The United Kingdom.

adekvat faglig kompetanse for å kunne ivareta den særreaksjonsdømtes mentale og fysiske helsetilstand. Lokaliteter og institusjonell konstruksjon synes likevel ikke å være avgjørende, idet den sentrale forutsetningen synes å være at institusjonen tilbyr tilstrekkelig og nødvendig pleie. Det bemerkes imidlertid i denne forbindelse at praksis på området er særdeles sparsomt utviklet, at praksisen er gammel idet dommen ble avsagt i 1972, samt at drøftelsen i relasjon til artikkel 3 er gjort særdeles kortfattet. Disse faktorene kan tale for ikke å la en dom bli avgjørende for videre praksis. Utgangspunktet for de fleste saker på området er gjerne at personen er dømt til fengsel, og at overføring til helseinstitusjon aktualiseres på et senere tidspunkt i straffegjennomføringen. Selv om situasjonen er motsatt av den overføring phslvl. § 5-6 gir anvisning på, taler gode grunner for at prinsippene bør være de samme. Så lenge den reaksjonsdømte, uavhengig av om dommen lyder på tvungent psykisk helsevern eller straff, lider av en psykiatrisk sykdom og er i behov av behandling, bør den ansvarlige institusjon til enhver tid være pliktig til å gi et tilfredsstillende behandlingsopplegg til vedkommende.

Ut fra disse betraktningene kan man på generelt grunnlag si at behandlingen må overstige et minimum av ubehag, et ubehag man normalt må forvente ved lovlig frihetsberøvelser eller straff, for at vernet mot tortur og umenneskelig behandling skal slå inn etter artikkel 3. Beviskravet for at en behandling skal være nedverdiggende eller umenneskelig ligger imidlertid på saksøker, som må kunne stadfeste at det er hevet over enhver tvil at det er blitt begått brudd på artikkel 3.¹⁴¹ Verken dom på tvungent psykisk helsevern jfr. strl. § 39 eller overføringsadgangen etter phslvl. § 5-6 er begrenset i tid. Tidsaspektet som skal vurderes under "særlige grunner" dreier seg hovedsakelig om hvor lang tid som er gått siden dom på tvungent psykisk helsevern ble avsagt. Også etter norsk praksis ligger det et element i at domfelte ikke skal frihetsberøves lenger enn nødvendig. Utgangspunktet etter strl. § 39 er at idet farligheten og hensynet til samfunnsvernet jfr. nr. 1 eller nr. 2, ikke lenger kan begrunne særreaksjonen, må reaksjonen opphøre.¹⁴²

6.3 EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e – retten til frihet og sikkerhet

Artikkel 5 nr. 1 lyder: "Enhver har rett til personlig frihet og sikkerhet. Ingen må bli berøvet sin frihet unntatt i følgende tilfelle og i samsvar med en framgangsmåte foreskrevet ved lov: (...)” bokstav e) "lovlig frihetsberøvelse av personer for å hindre spredning av smittsomme sykdommer, av sinnslidende,

¹⁴¹ Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th edition, Antwerpen 2006 s. 410. Se også blant andre *Labita v. Italy* para 120: "beyond reasonable doubt".

¹⁴² Phslvl. § 5-6 tredje ledd jfr. strl. § 39 b.

alkoholister, narkomane eller løsgjengere (...).”Utgangspunktet er altså frihet for enhver, med mindre en av de oppramsede betingelsene foreligger. Spørsmål som er aktuelle i forbindelse med oppgavens tematikk er hvilke kriterier som må fylles for å være ”sinnslidende” og på hvilken måte dette passer inn i vurderingen av ”særlige grunner” etter phlsvl. § 5-6. Det skal også reises spørsmål om på hvilke betingelser en kan frihetsberøve personer som lider av en psykiatrisk sykdom. En avklaring av disse problemstillingene er viktig for oppgaven, særlig fordi EMK utgjør en del av tolkningen av gjeldende norsk rett. Oppgaven vil fokusere spesielt på to hovedpunkter i forbindelse med frihetsberøvelse i medhold av EMK artikkel 5 nr. 1 litra e. For det første er det en forutsetning for en legitim frihetsberøvelse som nevnt i artikkel 5, at det må foreligge objektive holdepunkter som konstaterer mental sykdom hos den det gjelder. For det andre må frihetsberøvelsen være lovlig i artikkel 5s forstand, det vil si ha sitt grunnlag i rettsregler.

Hensikten med å tillate frihetsberøvelse i de nærmere oppramsede tilfellene, er en tanke om at samfunnet har behov for beskyttelse mot en avgrenset gruppe personer. Begrepene i EMK er autonome og må forstås slik de er fastlagt i medhold av konvensjonen. Likevel vil begrepene i noe grad være avhengig av nasjonale klassifikasjoner. Sentralt for oppgavens vedkommende er en tolkning av begrepet ”sinnslidende”, eller ”persons of unsound mind” jfr. originalformuleringen. Når det gjelder hva som skal til for at en person fyller kriteriet som ”sinnslidende”, har EMD lagt vekt på at begrepet må forstås dynamisk og i takt med faglig terminologi og utvikling til enhver tid. Samtidig understreker domstolen at det ikke er adgang til å frihetsberøve personer på grunnlag av motstridende meninger enn det som ellers er normen i samfunnet. Domstolen legger også vekt på at frihetsberøvelsen ikke må fremstå som vilkårlig, fordi staten da vil miste sin legitimitet.¹⁴³

Neste spørsmål er i hvilke tilfeller en frihetsberøvelse av en ”sinnslidende” er ”lovlig” i medhold av artikkel 5 nr. 1 bokstav e. Praksis i EMD har etablert en presumsjon for at lovligheten av en frihetsberøvelse bestemmes av hvorvidt den er i tråd med nasjonal lovgivning, sett i lys av de restriksjoner konvensjonsbestemmelsen nedfeller. På bakgrunn av dette kan man si at såframt den særreaksjonsdømte fyller kriteriet ”særlige grunner”, samt de øvrige kumulative forutsetningene i phlsvl. § 5-6, taler gode grunner for at en frihetsberøvelse også anses ”lovlig” i konvensjonens forstand. Domstolen understreket i Winterwerp at frihetsberøvelse som er preget av vilkårlighet, aldri vil være

¹⁴³ Se Case of Winterwerp v. The Netherlands Application no. 6301/73 Judgement Strasbourg 24 October 1979 para 37, som igjen viser til Case of Lawless v. Ireland (No. 3) Application no. 332/57 Judgement Strasbourg 1 July 1961 para 7 (under avsnittet “the law”) og Case of Engel and Others v. The Netherlands Application no. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 Judgement Strasbourg 8 June 1976 para 58.

”lovlig” i konvensjonens forstand.¹⁴⁴ En forutsetning for at frihetsberøvelsen er legitim i henhold til artikkel 5 nr. 1 bokstav e er at det må foreligge ”medical evidence establishing that his mental state is such as to justify his compulsory hospitalisation”.¹⁴⁵ Når det gjelder spørsmål om hvorvidt det foreligger en psykisk lidelse må vurderingen være basert på ”objective medical expertise. Further the mental disorder must be of a kind or degree warranting compulsory confinement. What is more, the validity of continued confinement depends on the persistence of such a disorder”.¹⁴⁶ Her ser man særlige likhetstrekk med de norske rettsreglens forutsetninger, hvor det er en faglig ansvarlig som skal vurdere hvorvidt den særreaksjonsdømte fortsatt er psykotisk jfr. phlsvl. § 5-6. Dessuten ligger terskelen for overføring såpass høyt, at vilkårlighet er utelukket, idet man i medhold av phlsvl. § 5-6 plikter å ta individuelle hensyn i vurderingen av ”særlige grunner”. Det er dessuten en del av ”særlige grunner” å se hen til sinnstilstandens stabilitet og hvordan fengselsoppholdet vil virke. Begge disse momentene kan man lese implisitt ut fra uttalelsene i *Winterwerp v. The Netherlands*.

Resonnementet omkring ”lawful” ble i etterkant av *Winterwerp*, fulgt opp i dommen *Ashingdane v. The United Kingdom*.¹⁴⁷ Videre, i samme avsnitt, angis det at lovligheten av slik frihetsberøvelse avhenger av at den gjennomføres ”in a hospital, clinic or other appropriate institution authorised for that purpose”. Vurderingen domstolen her peker på gir assosiasjoner til det undermomentet til ”særlige grunner” som dreier seg om hvordan fengselsoppholdet må antas å virke på den særreaksjonsdømte. Idet EMD samtidig stiller krav til institusjonens utforming, vil det også være fruktbart å vurdere om helsevesenet kan tilby alternativer til overføringen, slik at domfelte fortsatt kan bli værende i helseinstitusjon.

I *Aerts v. Belgium* ble en person holdt i forvaring ved Lantin Prison, psykiatrisk avdeling, i påvente av åpning av plass ved Pafive Social Protection Centre. I dommen vises det først til argumentasjonen fra dommen *Ashingdane v. The United Kingdom* vedrørende institusjonens egnethet, og uttaler deretter at ”the Lantin psychiatric wing could not be regarded as an institution appropriate for the detention of persons of unsound mind, the latter not receiving either regular medical attention or a therapeutic environment”.¹⁴⁸ Ut fra disse betraktningene kan man si at EMD har stilt opp et minstekrav om at den

¹⁴⁴ *Winterwerp v. The Netherlands*. Se særlig dommens para 39 og 40.

¹⁴⁵ *Ibid.* para 40.

¹⁴⁶ *Ibid.* para 39.

¹⁴⁷ *Case of Ashingdane v. The United Kingdom* Application no. 8225/78 Judgement Strasbourg 28 May 1985 para 37.

¹⁴⁸ *Aerts v. Belgium* para 16.

institusjon som skal ivareta den domfelte, må kunne tilby adekvat behandling.¹⁴⁹ Tilsvarende krav om adekvat behandling er blitt utredet som en del av EMK artikkel 3. Etter gjeldende norsk rett kan man også si at en sentral betingelse for at overføring skal kunne skje, er at forholdene i kriminalomsorgens anstalt er tilpasset den enkeltes behov og tilfredsstiller krav til behandling. Det fremstår dermed av helt sentral betydning for å hindre at man begår brudd på enten artikkel 3 eller artikkel 5 nr. 1 bokstav e, at den frihetsberøvede tilbys nødvendig og adekvat behandling i den ansvarlige institusjon til enhver tid.

Idet Særreaksjonsutvalgets redegjørelse kom i 1990 og mnskrl. med vedlegg kom i 1999, ble forholdet mellom phlsvl. § 5-6 og EMK, naturlig nok, ikke drøftet. Spørsmålsstillingen ble imidlertid stilt i Brev fra Justisdepartementet v/statsråden til justiskomiteen, datert 29. februar 1996. I brevet vises det til "Winterwerp-vilkårene" som oppsummert kan angis slik: Det må for det første foreligge objektive medisinske holdepunkter for at vedkommende lider av en mental sykdom. Videre må sykdommen være av en slik karakter at frihetsberøvelsen er "lovlig" jfr. artikkel 5 nr. 1 litra e. I tillegg må disse betingelsene være til stede under hele frihetsberøvelsen.

Når det så gjelder eksempler på hvordan rettspraksis har valgt å tolke EMKs bestemmelse i artikkel 5 nr. 1 bokstav e, viser Bergen tingrett til ordlyden i artikkelen og den praksis man kan utlede derfra med å stille "krav om sammenheng mellom grunnlaget for frihetsberøvelsen og stedet/forholdene der frihetsberøvelsen blir gjennomført".¹⁵⁰ Tingretten viser også til Ot.prp. nr. 46 (2000-2001) hvor det på side 39 heter seg "at menneskerettskonvensjonene ikke kan tolkes slik at det er utelukket å plassere denne typen domfelte i ressursavdelinger eller særlig anstalt sammen med straffedømte, forutsatt at de tilbys forhold som er spesielt tilpasset deres situasjon". En synes dermed å kunne ane konturene av en rød tråd gjennom helhetsvurderingen "særlige grunner", nemlig en plikt for den anstalt som tar imot overførte særreaksjonsdømte til å tilpasse forholdene slik at de kan tilby tilstrekkelig behandling og tilfredsstillende fasiliteter. Det fremstår slik at det legges betydelig vekt på at det skal være mulig å skille en særreaksjonsdømt som sitter i fengselsanstalt fra en som soner en ordinær straffedom.

Spørsmålet i tilknytning til EMK artikkel 5 bokstav a og e ble også reist i Rt. 2011 s. 1043, fordi "[v]erken Særreaksjonsutvalget eller departementet hadde så langt i lovgivningsprosessen vurdert forholdet til EMK".¹⁵¹ Førstvoterende tolker først "domfelt" i medhold av EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav a og deretter

¹⁴⁹ Denne tolkningen støttes også av Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter – En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 3. utgave, Bergen 2011 s. 354.

¹⁵⁰ Bergen tingrett dom 25.11.10 saksnr.: 10-147924MED-BBYR/03 s. 8.

¹⁵¹ Rt. 2011 s. 1043 avsnitt (18).

”sinnslidende” jfr. ”persons of unsound mind” i artikkel 5 nr. 1 bokstav e. Førstvoterende tar utgangspunkt i at begrepet ”omfatter mer enn psykosetilfellene. Uttrykket omfatter også personer med alvorlig karakteravvik. Frihetsberøvelse av en person som ikke lenger er psykotisk, men som har markert karakteravvik, vil altså i seg selv ikke stride mot EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e”.¹⁵² Kjernen i problemet ligger likevel i å avgjøre hvorvidt overføringen strider mot EMDs ”krav om at det må være samsvar mellom grunnen til den lovlige frihetsberøvelsen og stedet for og forholdene under frihetsberøvelsen”.¹⁵³

Det fremstår dermed slik at det sentrale kravet til en lovlig frihetsberøvelse av en sinnslidende person, er at institusjonen vedkommende overføres til må kunne gi tilfredsstillende medisinsk behandling. Dette kjernekravet kan man også utlede av forbudet mot umenneskelig og nedverdiggende behandling i artikkel 3. Gode grunner taler derfor for at et minstekrav i alle tilfeller av overføring må være at mottakerinstitusjonen er i stand til å gi nødvendig behandling, for ikke å komme i konflikt med artikkel 3 eller artikkel 5 nr. 1 bokstav e.

I utgangspunktet vil en som er dømt til tvungent psykisk helsevern jfr. strl. § 39 være helsevesenets ansvar. En overføring til fengselsvesenet vil dermed representere en endring i gjennomføring av reaksjonen, samt endring av styrende regelsett. Selv om utgangspunktet for særreaksjonen ikke endres, vil fengselsvesenet overta ansvaret for reaksjonsgjennomføringen. Det vil i realiteten si at domfelte må tilpasse seg de samme regler som enhver straffedømt soningsfange. Man vil heller ikke som utenforstående kunne se noen markant forskjell på et individ som er særreaksjonsdømt og en straffedømt, fordi de følger samme rutiner og er underlagt samme regelverk. Spørsmålet som vil bli diskutert mer inngående i det følgende er hvorvidt overføringsadgangen dermed bidrar til å hviske ut grensene mellom straff/ikke straff, samt hvorvidt overføringsmuligheten er i samsvar med de krav og grunnprinsipper som følger av EMK.

¹⁵² Ibid. avsnitt (19).

¹⁵³ Ibid. avsnitt (20). Se også *Ashingdane v. The United Kingdom* para 44.

DEL II: PRINSIPPRETTET DISKUSJON

Tradisjonelt sett har fengsel vært en institusjon hvor lovbreakere soner sin straff.¹⁵⁴ Tvungent psykisk helsevern regnes ikke som straff, idet en underliggende psykose medfører at vedkommende ikke kan ansvarliggjøres for sine handlinger. I relasjon til oppgaven er det et kjernespørsmål hvorvidt de som er dømt til tvungent psykisk helsevern bør sitte i fengsel. Dette problemaspektet skal diskuteres i del II. For det første kan det stilles spørsmål ved hvorvidt overføringen i phlsvl. § 5-6 medfører at reaksjonen endrer karakter fra en ikke strafferettslig reaksjon, til det man tradisjonelt har definert som straff. Dersom så er tilfelle vil praksisen bryte med skyldprinsippet, som fordrer at man må ha vært tilregnelig på gjerningstidspunktet for å kunne straffes. Utilregnelige lovbreakere kan ikke straffes jfr. strl. § 44, fordi de ikke har utvist tilstrekkelig skyld ved utførelsen av lovbruddet. Spørsmålet er om overføringsadgangen gjør det mulig å omgå disse utgangspunktene, slik at en ikke strafferettslig reaksjon i realiteten blir til straff. Under den forutsetning av at det konkluderes med at overføringsadgangen ikke er straff, blir det et spørsmål om reaksjonsgjennomføringen likevel er betenkelig ut fra prinsipielle betraktninger. Her vil særlig humanitetshensynet stå i fokus.

7 Den positivrettslige definisjonen av straff

7.1 Straffeloven som utgangspunkt – legaldefinisjon og grunnvilkår

For å diskutere overføringsadgangen i relasjon til grensen mellom straff/ikke straff, er det naturlige utgangspunkt å finne i den positivrettslige definisjonen av straff. Som ledd i å finne fram til innholdet i straffebegrepet, skal oppgaven analysere gjeldende rett fra ulike innfallsvinkler. Straffeloven gir i denne sammenheng en uttømmende definisjon av hva som anses for å være straff i formell forstand. Straffelovens definisjon av de alminnelige straffene er "fengsel, forvaring, hefte, samfunnsstraff, bøter og rettighetstap som nevnt i §§ 29 og 33" jfr. strl. § 15. Reaksjoner som faller utenfor strl. § 15, anses ikke for å være straff. Dom på tvungent psykisk helsevern jfr. strl. § 39, tvungen omsorg og inndragning jfr. strl. §§ 34-38 er eksempler på reaksjoner som ikke er straff, men som likevel representerer et alvorlig inngrep i den personlige rettssfære. Resonnementer omkring reaksjoner som ikke regnes som straff i formell forstand, vil holdes utenfor drøftelsen som følger.

¹⁵⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) "Om lov om straff" s. 250: "Fengselsstraff og forvaring er de to formene for frihetsstraff som er i bruk i det ordinære straffesystemet".

Som nevnt innledningsvis har fengslene tradisjonelt vært den institusjon som har stått for straffegjennomføringen. I korte trekk innebærer fengselsstraffen at staten kan frihetsberøve personer som begår lovbrudd. I hvilken utstrekning man kan idømme fengsel er fastsatt i strl. § 17 og er alt fra 14 dager inntil 15 år, 20 år ved nærmere omtalte lovbrudd og i særlige tilfeller 21 år. Strl. § 17 blir supplert av straffutmålingen i den enkelte straffebestemmelse. "Domstolene må velge fengselsstraff når dette er *eneste* straffart etter straffebud tiltalte er funnet skyldig i å ha overtrådt eller loven påbyr at andre straffarter (oftest bot) bare kan idømmes *sammen* med fengselsstraff".¹⁵⁵

Forvaring "er dels en reaksjon på en forbrytelse som er begått, dels en særforholdsregel for å hindre nye alvorlige forbrytelser".¹⁵⁶ Reaksjonen er tidsubestemt, samtidig som det må fastsettes en maksimumstid. Denne maksimumstiden kan forlenges med inntil 5 år av gangen jfr. strl. § 39 e (1) 2. punktum. Vilårene for å idømme forvaring er strengere enn de for ordinær fengselsstraff, noe som begrunnes i det faktum at reaksjonen er tidsubestemt. "Forvaring kan idømmes gjerningspersoner som anses som særlig farlige og hvor det anses å foreligge gjentakelsesfare. Dom på forvaring innebærer at domfelte blir plassert i fengsel, men for lengre tid enn om tiltalte hadde blitt dømt til fengselsstraff".¹⁵⁷ Det er her verdt å merke seg at forvaring idømmes i tilfeller hvor "en tidsbestemt straff ikke anses tilstrekkelig til å verne samfunnet" jfr. strl. § 39 c. Fellesnevneren mellom forvaring og dom på tvungent psykisk helsevern, som begge i og for seg er tidsubestemte reaksjonsformer, er at hovedbegrunnelsen for at slik reaksjon begjæres gjennomført er hensynet til samfunnsvernet.

Hefte er en mildere form for frihetsberøvelse, men har ikke vært i bruk de siste tiår.¹⁵⁸ Andenæs beskriver at tanken bak hefte er at det "[e]tter lovens forutsetning skal dette være et slags 'ærlig fengsel' (*custodia honesta*) med en lempeligere behandling og uten den vanærende karakter som er knyttet til fengselsstraffen".¹⁵⁹ Idet reaksjonsformen er utdatert, taler gode grunner for at man ikke lenger regner hefte som straff. Gjeldende straffelov regner likevel opp hefte som en av straffene, og inkluderes derfor i fremstillingen.

¹⁵⁵ Ståle Eskeland, *Strafferett*, 2. utgave, Oslo 2006 s. 376.

¹⁵⁶ Svein Slettan og Toril Marie Øye, *Forbrytelse og straff*, Oslo 2001 s. 158.

¹⁵⁷ Ståle Eskeland, *Strafferett*, 2. utgave, Oslo 2006 s. 379.

¹⁵⁸ Det bemerkes i denne forbindelse at Lov om straff 20. mai 2005 nr. 28 (heretter strl. 2005) § 29 ikke inkluderer hefte som en av de alminnelige straffene. Reaksjonsformen er således uaktuell fra og med ikrafttredelse av ny straffelov.

¹⁵⁹ Johs. Andenæs, Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, *Alminnelig strafferett*, 5. utgave, Oslo 2004 s. 391.

Samfunnsstraff avløser den tidligere ordning med samfunnstjeneste jfr. strl. §§ 28 a – 28 b. Innholdet av idømt samfunnsstraff etter strl. § 28 a bestemmes av strgjfl. § 53 og er "samfunnsnyttig tjeneste, program eller andre tiltak som er egnet til å motvirke ny kriminalitet." Med samfunnsnyttig tjeneste menes at man utfører et arbeid uten å få lønn. Dersom samfunnsstraff skal gå ut på "program" fordrer dette at domfelte er positiv og samtykker til slik gjennomføring. I tilfeller hvor det er aktuelt å idømme "alternative program og andre tiltak skal det særlig legges vekt på tiltak som kan fremme evnen til å gjennomføre straffen i samsvar med bestemmelsene gitt i og i medhold av straffegjennomføringsloven".¹⁶⁰

Bøtestraff er den i praksis mest benyttede straffereaksjonen. "Bøtestraff innebærer at den siktede pålegges å betale et bestemt beløp til det offentlige (vanligvis staten). Betaler han ikke, risikerer han å måtte sone en fastsatt subsidiær fengselsstraff".¹⁶¹

Rettighetstap innebærer som ordlyden sier, at man blir fratatt visse rettigheter man er innvilget. Nærmere beskrivelse er gitt i strl. §§ 29 og 33. Gjenstand for reaksjonen er eksempelvis tap av stilling eller fremtidig stilling eller rett til å utføre en viss aktivitet eller virksomhet jfr. strl. § 29.¹⁶²

En sentral dimensjon i den formelle definisjonen av straffebegrepet er at denne kobler til tanken om statens monopol som straffende myndighet. Det er staten alene som anses å ha legitimitet til å straffe og kan reagere med straff på lovbrudd. Bakgrunnen for dette er at staten er den institusjon som gir normer og regler for samfunnets funksjon og dermed setter rammene for hva som er lovlig og ulovlig atferd. Ved å gjøre visse handlinger straffbare, gir staten et signal om at denne typen krenkelser er av en såpass alvorlig karakter, at de ikke kan aksepteres av fellesskapet.

En annen viktig side av straffebegrepet fremkommer av grl. § 96 ved at ingen skal "dømmes uden efter Lov, eller straffes uden efter Dom." Det har vært tradisjon å tolke bestemmelsen som uttrykk for det strafferettslige legalitetsprinsipp. Prinsippet i grl. § 96 erklærer at statens rett til å straffe, betinges av at det har vært en domsprosess i forkant av straffutmålingen. Bestemmelsen må sees i sammenheng med grl. § 97 som forbyr at regler gis tilbakevirkende kraft. Begge prinsippene er av grunnleggende karakter, og gir uttrykk for to sentrale rettsstatlige verdier. At innholdet i bestemmelsene overholdes er særlig

¹⁶⁰ Ibid. s. 415.

¹⁶¹ Svein Slettan og Toril Marie Øye, *Forbrytelse og straff*, Oslo 2001 s. 167.

¹⁶² Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge 1896 på s. 46 hvor "det ledende Hensyn i alt dette er ikke at ramme Angjældende Ære, men alene at hindre ham fra at indtage Stillinger og udøve Rettigheder eller Næringsveie, som han ved Forbrydelsen har vist seg uskikket til".

viktig på strafferettens område, idet man ved straff fratar et menneske sin frihet, og dermed foretar et sterkt inngrep i den personlige rettssfære. Når staten så har mulighet til å gripe inn i en grunnleggende rettighet, et menneskes frihet, er det av sentral betydning at prosessen som leder fram til en frihetsberøvelse er tillitsvekkende og korrekt. Grensedragningen straff/ikke straff står sentralt også i relasjon til disse prinsippene, fordi de hensyn som her er løftet fram, ikke gjør seg gjeldende med samme tyngde ved administrative avgjørelser.

Begrunnelsen for prinsipperklæringen i grl. § 96 er å sikre borgerne mot å bli idømt straff ved administrative avgjørelser, slik at straff kun kan ilegges etter en kontradiktorisk domstolsprøving og dom. At en person bare kan idømmes straff ved dom utgjør et element i skillet mellom strafferettslige reaksjoner og administrative reaksjoner. Det er dessuten av sentral betydning å unngå at vilkårlige straffereaksjoner ilegges. I den grad man kan unngå vilkårlige rettsavgjørelser, vil det også skapes tillit til rettssystemet.¹⁶³ Foruten tradisjonell juridisk metode, må den aktuelle bestemmelsen tolkes i lys av EMK artikkel 3, 6 og 7, samt tilleggsprotokoll nr. 7 artikkel 4. Det er som nevnt et sentralt formål med grl. § 96 å hindre at vilkårlige straffedommer finner sted. Dette formålet kommer til uttrykk ved at det stilles krav om lovhjemmel ved straffesanksjoner, annen frihetsberøvelse eller øvrige innskrenkninger i den personlige frihet.

For at staten skal være legitimert til å straffe en lovbryster, må den som har begått lovbruddet oppfylle fire grunnleggende straffbarhetsvilkår.¹⁶⁴ Det er bred enighet i teorien om hvilke disse straffbarhetsvilkårene er, selv om fremstillingsrekkefølgen avviker noe fra hverandre i de ulike teoretiske arbeidene.¹⁶⁵

Det første straffbarhetsvilkåret forutsetter at det er utført en handling som er i strid med en bestemmelse i norsk straffelov. Derneft må gjerningspersonen ha utvist tilstrekkelig skyld ved lovbruddet. For det tredje må det ikke foreligge omstendigheter som taler for straffrihet, herunder nødretts- eller nødvergebetraktninger. Til slutt må lovbrysteren være strafferettslig tilregnelig, det vil si ha skyldene. Begrunnelsen for skyldkravet er nyansert, og er fundert i en tanke om at det påhviler den enkelte et ansvar for sine egne handlinger. Handlinger som strider mot et straffebud innebærer dermed

¹⁶³ Arne Fliflet, *Kongeriket Norges grunnlov: grunnloven med kommentarer*, Oslo 2005 s. 391.

¹⁶⁴ Disse kalles også straffbarhetsbetingelser. Oppgaven legger til grunn at begge begrepene betyr det samme.

¹⁶⁵ Ståle Eskeland, *Strafferett*, 2. utgave, Oslo 2006 s. 64, Johs. Andenæs, Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, *Alminnelig strafferett*, 5. utgave, Oslo 2004 s. 101 og Svein Slettan og Toril Marie Øye, *Forbrytelse og straff*, Oslo 2001 s. 16.

at personen kan bebreides for det valg vedkommende har tatt ved å bryte loven. Skyldprinsippet i strafferetten går ut på at straff er en reaksjon forbeholdt straffverdige handlinger, som et ledd i å ansvarliggjøre lovbyteren og advare andre mot liknende atferdsavvik. Formålet med skyldprinsippet er å reflektere reglenes individual- og allmennpreventive virkning, og da slik at staten bruker straffetrusselen ved lovbrudd som et middel til å motvirke forbryterske handlinger.¹⁶⁶ I tilfeller hvor gjerningspersonen bedømmes som utilregnelig, fritar staten vedkommende for ansvar og straff jfr. strl. § 44. De fire straffbarhetsvilkårene er kumulative, og må alle være oppfylt for å rettferdiggjøre at staten straffer lovbyteren.

Ved å straffbelegge visse handlinger, bidrar staten til å fremheve og styrke de verdier som beskyttes av straffebudet. I så måte kan straff bidra til å fremme de verdiene staten ønsker å verne, slik at også borgerne anser det som viktig å holde seg innenfor de rammene loven tegner opp. Trusselen om å straffe handlinger som utsetter grunnleggende rettsstatlige verdier for fare, eksempelvis liv, helse og frihet, bidrar til å styrke og fremheve betydningen av å opprettholde ro og orden. Virkningen av straff antas å være både av allmennpreventiv og individualpreventiv karakter. Synspunktet skal utvikles videre i kapittel 9 nedenfor. Tanken med straffens allmennpreventive eller individualpreventive virkning er at trusselen om straff skal være tilstrekkelig til å tvinge en potensiell lovbyter fra å avstå fra straffverdige handlinger. Straff er derfor den viktigste reaksjonsformen staten kan effektivere i den hensikt å motvirke uønsket atferd. Lovgiver har gitt uttrykk for at "både straff og andre sanksjonerer nødvendige styringsmidler".¹⁶⁷

Ordinære strafferettslige reaksjoner må dessuten avgrenses mot disiplinærreaksjoner jfr. strgf. § 40. Disiplinære reaksjoner vil derfor ikke bli behandlet som en del av drøftelsen som følger. For at slike reaksjoner skal anses som straff, må det være tale om disiplinærreaksjon av "en forholdsvis sterkt inngripende karakter, og (...) i praksis bestå i frihetsberøvelse".¹⁶⁸ Oppgaven avgrenser likevel mot disiplinærreaksjoner, og holder dem som sådan utenfor den videre drøftelse.

7.2 EMKs definisjon av straff – materielle vilkår som kan overstyre straffelovens definisjon

Det overordnede utgangspunkt er at bestemmelsene i EMK gjelder som norsk lov, og har forrang ved motstrid jfr. mnskrl. §§ 2 nr. 1 jfr. § 3. Som en del av å forstå det norske straffebegrepet vil det være

¹⁶⁶ Johs. Andenæs, Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, *Alminnelig strafferett*, 5. utgave, Oslo 2004 s. 209. Se også Ståle Eskeland, *Strafferett*, 2. utgave, Oslo 2006 s. 263.

¹⁶⁷ NOU 2003: 15 "Fra bot til bedring" s. 50.

¹⁶⁸ Rt. 2003 s. 1100 avsnitt (53) og Rt. 2002 s. 509 på s. 520.

sentralt å drøfte betydningen av EMKs "criminal charge", hvor det sentrale ligger i ordlyden "criminal". Fordi en presisering av hva som ligger i det norske straffebegrepet er av sentral betydning for oppgaven, vil det også være viktig å tolke EMK som en del av gjeldende norsk rett. For ordens skyld nevnes det at "criminal charge" er oversatt med "straffesiktelse". Anvendelsesområdet for EMK artikkel 6 relaterer seg til "de tradisjonelle straffesaker".¹⁶⁹ I denne forbindelse er det likevel viktig å fremheve at "visse former for sanksjonsanvendelse falder ind under art 6, selv om de ikke efter lovgivningen i en rekke medlemsstater henregnes til strafferetsplejen".¹⁷⁰

Når det gjelder reglene i EMK er det viktig å påpeke at EMD har stilt krav til det regelverk borgerne skal dømmes, og eventuelt straffes, etter. Kravene EMD har stilt dreier seg henholdsvis om presisjonsnivået i utformingen av reglene, et forbud mot å bruke reglene i strid med deres naturlige forståelse samt at regelverket må være tilgjengelig for borgerne slik at de kan forutberegne egen situasjon.¹⁷¹ Når det gjelder krav om tilgjengelighet, har EMD fastslått i sin praksis at enhver skal kjenne til hvilke konsekvenser et lovbrudd vil ha for den enkelte. Regelverket må derfor være kjent og gjort tilgjengelig for borgerne.¹⁷² For å tilfredsstille kravet om forutberegnelighet, forutsetter EMDs praksis at lovgiver må ha gitt tilstrekkelig klare regler som samtidig gir en tilfredsstillende veiledning til samfunnsdeltakerne. I forlengelsen av dette, stilles det krav til rettsanvenderne; ved at de ikke kan tolke og anvende reglene i strid med en naturlig forståelse av ordlyden.¹⁷³

For å hindre at straffebegrepet blir brukt vilkårlig samt for å forhindre forskjellige tolkninger av begrepet i ulike lands rett, har EMD fastlagt at begrepene er autonome. Når begrepene er autonome innebærer det at de skal forstås i tråd med den tolkning EMD har lagt til grunn. Straffebegrepet i EMK skal altså

¹⁶⁹ Jørgen Aaall, *Rettsstat og menneskerettigheter – En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 3. utgave, Bergen 2011 foretar på s. 374 en sammenlignende analyse av samspillet mellom grl. § 96 og EMK artikkel 6.

¹⁷⁰ Peer Lorenzen, Jonas Christoffersen, Nina Holst-Christensen, Peter Vedel Kessing, Sten Scahmburg-Müller og Jens Vedsted-Hansen, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer*, 3. udgave, København 2011 s. 550.

¹⁷¹ Mer om dette, se Jørgen Aaall, *Rettsstat og menneskerettigheter – En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 3. utgave, Bergen 2011 s. 103 flg. Særlig s. 112 flg. og 119 flg.

¹⁷² Ibid. s. 112.

¹⁷³ Ibid. s. 119.

forstås uavhengig av nasjonal rett.¹⁷⁴ EMD uttaler om tolkningen at "[t]hese expressions are to be interpreted as having an 'autonomous' meaning in the context of the Convention and not to the basis of their meaning in domestic law".¹⁷⁵ Det første en må vurdere ved spørsmål om avgrensning av straffebegrepet, er om lovbruddet blir rubrisert som "criminal law, disciplinary law or both concurrently".¹⁷⁶ Videre må det ses hen til "[t]he very nature of the offence".¹⁷⁷ Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig for å kunne fastslå hvorvidt en handling er straffbar og reaksjonen er straff i tråd med EMK. I vurderingen må det også tas hensyn til "the degree of severity of the penalty" vedkommende risikerer å pådra seg.¹⁷⁸ Ut fra denne uttalelsen er det rimelig å anta desto strengere straffen er, og jo større inngrep som foretas i den personlige rettssfære, dess større sannsynlighet er det for at reaksjonen må rubriseres som straff.

Vurderingskriteriene EMD har fremhevet, og som er nevnt over, er bedre kjent som "Engelkriteriene". I norsk teori er kriteriene oppsummert slik at "[d]et overordnede vurderingstemaet er om forholdet etter en tolkning i lys av formålet med konvensjonen og den aktuelle rettighet i konvensjonen, og vurdert i lys av den konkrete sak, hensyntatt den kontekst reglene skal fungere i, er å anse som straff".¹⁷⁹ tilfeller hvor grensedragningen "mot andre rettsfølger, for eksempel erstatning og særlig oppreisning, kan være uskarpe, er det avgjørende kriteriet på straff etter dette å finne i reaksjonens *formål*".¹⁸⁰

På bakgrunn av at EMK gjelder som norsk rett og EMD presumerer at nasjonal rettspraksis er i tråd med EMD sin praksis, må det norske straffebegrepet tolkes i lys av EMK sine bestemmelser. Utgangspunktet for tolkningen er hvordan forholdet klassifiseres etter nasjonal rett. Dersom handlingen er rubrisert som straffbar, vil det ikke oppstå problem i relasjon til konvensjonens straffebegrep. Utfordringen ligger imidlertid i de tilfellene hvor reaksjonen på lovbruddet ikke blir ansett som straff etter nasjonal rett, men hvor EMK rubriserer forholdet som straff. Hensikten med EMDs definisjon av straffebegrepet er å

¹⁷⁴ Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th edition, Antwerpen 2006 s. 543.

¹⁷⁵ Case of Adolf v. Austria Application no. 8269/78 Judgement Strasbourg 26 March 1982 para 30.

¹⁷⁶ Engel and Others v. The Netherlands para 82.

¹⁷⁷ Ibid. para 82.

¹⁷⁸ Ibid. para 82.

¹⁷⁹ Jon Petter Rui Johansen, "Det materielle straffebegrepet i den europeiske menneskerettighetskonvensjon", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2005 s. 294-369 på s. 314.

¹⁸⁰ Jørgen Aaall, *Rettsstat og menneskerettigheter – En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 3. utgave, Bergen 2011 s. 374.

tilby borgerne visse rettssikkerhetsgarantier i forbindelse med lovbrudd. Disse rettssikkerhetsgarantiene er særlig fremhevet i EMK artikkel 6. Lovtolkning i tråd med EMD sine prinsipper fordrer at man tar utgangspunkt i relevant nasjonal lovgivning. Tolkningen fordrer at man ser hen til bestemmelsens begrunnelse i historisk sammenheng samt nåværende betydning, supplert med relevant rettspraksis i relasjon til den aktuelle bestemmelse. Det skal dernest vurderes hvorvidt bestemmelsen er av strafferettslig karakter, eller bærer preg av å være en administrativt eller disiplinær reaksjon. Selv om EMD kan finne at EMK artikkel 6 er anvendelig også i de sistnevnte tilfellene, innebærer ikke det nødvendigvis at det stilles krav overfor staten å endre sin klassifisering av forholdet. Konsekvensen er imidlertid at man må ivareta de rettssikkerhetsgarantiene artikkel 6 oppstiller, selv om reaksjonen ikke regnes som straff i formell forstand.¹⁸¹ Det viktigste å merke seg er at nasjonal rett først og fremst utgjør utgangspunktet når man skal bestemme innholdet i straffebegrepet. EMD har forutsatt at man ved grensedragningen straff/ikke straff skal basere vurderingen på objektive og prinsipielle momenter, og har derfor oppstilt "Engelkriteriene" som en veiledning.

Som neste ledd i avgrensningen av straffebegrepet må det foretas en nærmere avklaring av normens virkeområde. Det er da påkrevd å spørre hvorvidt regelen er ment å favne en bestemt persongruppe, eller om den er av mer generell karakter og dermed skal virke på et mer overordnet nivå. Begrunnelsen for at avgrensning av normens virkeområde er så viktig, er at straff er et inngripende tiltak, noe som gjør det særdeles viktig å ha klart for seg hvilke persongrupper som under ingen omstendigheter bør straffes. EMD har i sin praksis vært svært opptatt av å unngå vilkårlighet, og det må da etableres klare grenser for hva som regnes som straff og hva som faller utenfor. Grensedragningen er vanskelig å foreta, og distinksjonen mellom administrativ og strafferettslig reaksjon er ofte utfordrende å definere.¹⁸² Selv om lovbruddet er av bagatellmessig art kan det likevel være "criminal" i konvensjonens forstand. Det stilles ikke opp noe minimumskrav til lovbruddets alvorlighet for at det skal falle innenfor konvensjonens straffebegrep.¹⁸³ For at reaksjonen skal være straff etter konvensjonen, må hensikten med reaksjonen være at den skal ha en pønalt og avskrekkende effekt. Dersom lovbruddet ikke er klassifisert som straffverdig etter nasjonal rett, kan det bare anses som "criminal" dersom den norm/regel som er brutt har en generell utforming og formålet med reaksjonen er å avskrekke og straffe. Det avgjørende

¹⁸¹ Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th edition, Antwerpen 2006 s. 544.

¹⁸² Mer om dette, se: Case of Campbell and Fell v. The United Kingdom Application no. 7819/77; 7878/77, Judgement Strasbourg 28 June 1984.

¹⁸³ Case of Öztürk v. Germany Application no. 8544/79, Judgement Strasbourg 21 February 1984 para 53.

vurderingstema er “the nature and the severity of the penalty with which the violator of the norm is threatened”.¹⁸⁴

7.3 Overføringsadgangen i lys av det positivrettslige straffebegrep

Til tross for at utgangspunktet for overføringsadgangen etter phlsvl. § 5-6 er dom på tvungent psykisk helsevern, er det nødvendig å se reaksjonsgjennomføringen opp mot de reaksjonsformer som tradisjonelt har blitt rubisert som straff. I de tilfellene hvor det kan bli aktuelt med en overføring fra helsevesenet til anstalt innen kriminalomsorgen, er det ikke bare et institusjonelt bytte som finner sted. Den særreaksjonsdømte vil også bli underlagt et annerledes regime, hvor straffegjennomføringsloven er det grunnleggende styringsinstrument. Til tross for at den særreaksjonsdømte overføres fra helseinstitusjon til anstalt innen kriminalomsorgen, gjøres det ingen endringer med tanke på den opprinnelige dom på tvungent psykisk helsevern jfr. strl. § 39. Realiteten blir derfor den at en som er dømt til behandling innen helsevesenet, flyttes over i fengselsanstalt. Spørsmålet er om dette betyr at overføringen også endrer reaksjonens karakter til straff? Problematikken dreier seg hovedsakelig om det fortsatt er mulig å skille mellom straff/ikke straff i de situasjonene hvor en særreaksjonsdømt blir overført til fengselsanstalt.

Ut fra straffelovens legaldefinisjon av straff jfr. strl. § 15, må det tas et klart utgangspunkt om at overføringsadgangen i medhold av phlsvl. § 5-6 ikke gjør dom på tvungent psykisk helsevern til straff. Begrunnelsen for dette standpunktet er at det ikke foretas noen endring i den opprinnelige dom etter strl. § 39, kun en institusjonell overføring til anstalt innen kriminalomsorgen. Den underliggende grunnforutsetningen er at forholdene i den ansvarlige institusjon skal være tilpasset den enkeltes behov, og særlig de som er underlagt særreaksjonen dom på tvungent psykisk helsevern. Likevel endres ikke det formelle utgangspunktet for særreaksjonen selv om den domfelte overføres til anstalt innen kriminalomsorgen.

Med utgangspunkt i EMKs straffebegrep kan det dog reises spørsmål om *formålet* med frihetsberøvelsen fortsatt er det samme, uavhengig av hvilken institusjon som står ansvarlig for straffegjennomføringen. Gode grunner taler for at hovedformålet med straffen er å inkapasitere lovbyggere og således ansvarliggjøre domfelte for sine handlinger, samt å reflektere samfunnets klander overfor vedkommende. Når samfunnet utmåler en straff for uønskede handlinger har dette dels en kriminalpreventiv dimensjon. Med et sanksjonssystem får man synliggjort og kommunisert at staten ikke

¹⁸⁴ Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th edition, Antwerpen 2006 s. 548.

godtar visse lovbrudd og verner på denne måten visse samfunnsverdier. Ved dom på tvungent psykisk helsevern er hovedformålet å verne samfunnet, uten å straffe gjerningspersonen. Idet lovbryteren er ansett straffri jfr. strl. § 44 og ikke kan bebreides for sine straffbare handlinger, faller elementet av klander og ansvars plassering bort på bakgrunn av en underliggende psykiatrisk sykdom. Synspunktet er at det er den psykiatiske sykdommen som fører til at den særreaksjonsdømte ikke er i stand til å vurdere rett og galt, og dermed ikke har foretatt et bevisst valg ved å begå lovbruddet. Uten å ha tatt et bevisst valg kan man heller ikke holdes ansvarlig for sine handlinger. Likevel kan vedkommende utgjøre en trussel mot samfunnet og miljøet rundt seg, i en slik grad at man ikke har noe annet alternativ enn å avskjære vedkommende fra kontakt med omverden. At samfunnsvernet utgjør et såpass tungtveiende argument for å frihetsberøve en særreaksjonsdømt på tross av straffrihet, er et særtrekk ved særreaksjonene i strl. §§ 39 og 39 a.¹⁸⁵

Etter EMKs straffebegrep er det avgjørende spørsmål hvorvidt reaksjonen har til formål å virke pønalt eller avskrekkende. Når det gjelder dom på tvungent psykisk helsevern etter strl. § 39 er det imidlertid uomtvistet at reaksjonen ikke bærer preg av å være en strafferettslig reaksjon. For det første er særreaksjonen holdt utenfor definisjonen av de alminnelige straffene i strl. § 15, og for det andre er det en klar forutsetning for dom på tvungent psykisk helsevern at vedkommende er straffri etter strl. § 44 første ledd. Selv om formålet med særreaksjonen er samfunnsvern, utgjør ikke dette i seg selv et argument for at reaksjonen er av pønalt karakter. Det er ingenting i veien for at også administrative reaksjoner bidrar til samfunnsstryggheten. Dom på tvungent psykisk helsevern og overføring i forlengelse av reaksjonsgjennomføringen er dermed ikke å anse som straff i relasjon til EMKs straffebegrep.

Totalt sett fremstår det likevel ikke slik at overføringen verken innvirker eller forandrer særreaksjonens karakter eller formål. Heller ikke de kriterier som er fremkommet etter EMK gir grunnlag for å si at overføringsadgangen medfører at reaksjonen går fra særreaksjon til straff. I avsnitt 9 skal det imidlertid reises spørsmål omkring overføringsadgangens mer prinsipielle betydning, og hvorvidt det er andre betraktninger som kan føre til at reaksjonen må rubriseres som straff.

¹⁸⁵ Dom på tvungent psykisk helsevern og dom på tvungen omsorg.

8 Straffebegrepet og straffens formål i et videre teoretisk perspektiv

8.1 Den tradisjonelle tilnærming – straffen som et onde

Sett i historisk sammenheng var straffen et privatrettslig anliggende. Den krenkede hadde en iboende rett til å gjengjelde de ugjerninger som ble begått mot seg, og på den måten utligne en ubalanse. En tidlig definisjon av formålet med straff var: "at kunde tilføie den, som har fornærmet en anden, et physisk Onde, i den Hensigt derved at opnaae Sikkerhed for Fornærmelse i Fremtiden".¹⁸⁶ Sitatet er illustrerende for en tanke om hevn, eller gjengjeldelse, ved at den krenkede hadde en rett til å påføre andre et onde for slik å hindre krenkelser i fremtiden. Foruten gjengjeldelse og hevn, ligger det også et element av avskrekkelse i en slik reaksjonsform, noe som kan svare til dagens prevensjonstankegang. Å reagere på en krenkelse var nødvendig for å sette seg i respekt og for å hindre at tilsvarende krenkelser skulle finne sted i fremtiden.

Det overordnede utgangspunkt som fremheves i diskusjonen om straffebegrepet, er straffens betydning som et onde og at den skal påføres i den hensikt at lovbrakeren skal oppleve den som et onde. Francis Hagerup skrev i 1930 at "[s]traf i juridisk forstand kan bestemmes som et onde (en lidelse), der af staten i dens egenskab af retsordenens haandhæver tilføies overtræderen af en retsnorm paa grund av denne overtrædelse og i den hensigt, at han skal lide derfor".¹⁸⁷ Definisjonen skriver seg fra Hugo Grotius og hans uttrykk: "malum passionis ob malum actionis".¹⁸⁸ Kjernen i dagens straffebegrep svarer i hovedtrekk til Hagerups definisjon, men må nyanseres noe i lys av samfunnsutviklingen. I dagens samfunn vil et slikt onde eksempelvis være at man fratar et individ friheten ved å idømme fengselsstraff, eventuelt å frata en person sin formue ved bøtelegging eller å berøve noen sine tilkjente rettigheter ved å idømme rettighetstap.

Begrepet straff assosieres ofte med frihetsstraffene og bøtestraffene. De representerer et onde på hver sin måte, ved at fengselsstraffen frarøver noen friheten og at bøtestrafen legger beslag på den domfeltes økonomiske midler. Straff kan i så måte oppleves som et onde for flere enn bare den domfelte. Herunder særlig med tanke på at familien mister en forsørger i tillegg til den stigmatiserende effekten straff kan ha for den domfeltes familie. Bøtestrafen kan på sin side få konsekvenser for familiens økonomi. Uskyldspresumsjonen, at det må være hevet over enhver rimelig tvil at

¹⁸⁶ John Friedrik Vilhelm Schlegel, *Astræa: et tidsskrift*, København, 1 (1797) – 5 (1805) Bind 4 på s. 10.

¹⁸⁷ Francis Hagerup, *Strafferettens almindelige del*, 3. utgave, Oslo 1930 s. 293.

¹⁸⁸ Ibid. s. 293.

vedkommende er skyldig, utgjør en viktig nyanse i straffebegrepet.¹⁸⁹ "I hvilken grad en sanksjon fremstår som berettiget vil i høy grad avhenge av om den kan sies å være nødvendig. Ved denne vurderingen vil det være sentralt om en mindre inngripende sanksjon kan gi tilstrekkelig vern".¹⁹⁰ Karakteren av at straff representerer et onde anses således fortsatt å være sentralt i forbindelse med straffebegrepet og utgjør dermed et utgangspunkt, dog ikke det eneste, for å forklare hvilke reaksjoner som er straff og hvilke som ikke er straff.

Selv om hensikten med straff er at det skal oppleves som et onde, i alle fall i tråd med den tradisjonelle definisjon, er det ikke et formål med straffen i seg selv å påføre noen dette ondet. "Hensikten er å få den straffede og andre til å avstå fra den uønskede atferd".¹⁹¹ Det er dessuten gitt et klart uttrykk for, fra lovgivers side, "at straffens formål må være å styre atferd i fremtiden, og herigjennom å bidra til et samfunn og en sameksistens som en ut fra gjeldende verdiprioriteringer anser som ønskelig".¹⁹²

En viktig innfallsvinkel til å forklare straffens karakter fins i teoriene om straffens formål. Straffens funksjon er tett knyttet opp mot dens formål. Oppgaven skal derfor i det følgende foreta en gjennomgang av de ulike strafferettsteoriene som ligger til grunn for dagens strafferettspleie. De ulike teoriene skal drøftes med tanke på å finne frem til straffens rettferdiggjørelse, begrunnelsen for hvorfor vi straffer. På denne måten vil oppgaven belyse hvilke reaksjonsformer som må anses for å være straff, og hvilke reaksjonsformer som faller utenfor denne definisjonen.

8.2 Absolutte og relative strafferettsteorier som idealtypiske posisjoner for straffens rettferdiggjørelse

I norsk strafferettsteori er det særlig to modeller som er løftet frem, det er de absolutte og de relative straffeteorier. Førstnevnte er kjent også som gjengjeldelsesteori, hvor perspektivet er rettet mot fortiden fordi man reagerer på lovbruddet med en rettferdig og forholdsmessig straff. Straffen begrunnes med at reaksjonen er nødvendig og at staten er moralsk berettiget å ilegge ansvar overfor den som begår lovbruddet. Når det gjelder de relative straffeteorier er disse fundert i en nyttetankegang. Istedenfor forholdsmessighet og rettferdighet som sentrale verdier, ligger hovedfokuset på straffens nytte. Perspektivet er dreid framover, idet tanken er å motvirke fremtidige

¹⁸⁹ For mer om dette emnet, se: Asbjørn Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen: In dubio pro reo*, Bergen 2003.

¹⁹⁰ NOU 2003: 15 "Fra bot til bedring" s. 52.

¹⁹¹ NOU 1983: 57 "Straffelovgivningen under omforming Straffelovkommisjonens delutredning I".

¹⁹² Innst. O. nr. 72 (2004-2005) "Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven)" s. 14.

lovbrudd og forebygge uønsket atferd. Hovedbegrunnelsen er altså de positive preventive virkningene av å straffe et tidligere begått lovbrudd. Begge teoriene behandles mer utførlig i det følgende.

8.3 Nærmere om de absolutte straffeteoriene (gjengjeldelsesteoriene)

Den historiske begrunnelsen for straff har sitt grunnlag i det mosaiske talionsprinsippet "øye for øye, tann for tann, liv for liv".¹⁹³ Prinsippet er fundert i en tanke om gjengjeldelse og har hatt bred oppslutning gjennom tiden. Gammeldags blodhevn gir uttrykk for en slik gjengjeldelsestankegang. Fra gammelt av var det ikke bare vanlig, men også nødvendig, å gjenopprette den ubalanse man led i etterkant av en krenkelse, ved å påføre gjerningspersonen tilsvarende tap eller lidelse. "Straff som gjengjeldelse innebærer at man straffer ut fra en oppfatning om at visse handlinger fortjener straff, uten hensyn til om straffen virker til å forhindre fremtidig kriminalitet eller ikke".¹⁹⁴ Strafferettsteoriene som har blitt begrunnet med gjengjeldelse har blitt kalt de absolutte straffeteoriene. I religiøs sammenheng var gjengjeldelse et tilsvarende på lovbrudd og nødvendig for å hindre lignende hendelser i fremtiden. Ved å gjengjelde den urett som ble begått mot seg eller sin familie, ga man samtidig et signal til andre om at man ikke gikk av veien for å forsvare familien og levebrødet/eiendommen sin. Fornuftsrett og naturrettslig tankegang har vært av sentral betydning for utviklingen av de absolutte straffeteoriene. Kjennetegnet ved naturretten var at man mente menneskers rettigheter var medfødt og naturgitt.

I sin opprinnelige tradisjon har gjengjeldelsesteorier ingen innflytelse på dagens begrunnelse for bruk av straffesanksjoner. At den som har gjort seg skyldig i lovbrudd skal avtjene en straff som er forholdsmessig i lys av forbrytelsen, er et rådende syn også i dagens straffutmåling. Nyklassisismens inntog førte med seg en legitimering av å trekke inn rettferdighetshensyn som en del av straffereaksjonen.¹⁹⁵ Det ble altså akseptert at det i større grad ble lagt vekt på gjengjeldelsestanken i søken etter en begrunnelse for straff.¹⁹⁶ Allerede i historisk strafferettslig perspektiv ble det understreket viktigheten av at staten er den som straffer. Særlig fordi "[u]døvet af individet, fremtræder en saadan gjengjældelse som hævn, der fra en udviklet morals standpunkt maa betegnes som forkastelig".¹⁹⁷ I nyere tid har det likevel skjedd en oppmyking av gjengjeldelsesteoriene som medfører at de fortsatt er relevante i gjeldende rett. Oppmykingen har ført til at den rene gjengjeldelsestanken ikke lenger er et legitimt hensyn å ta ved spørsmål om straff. Gjengjeldelsestanken kan man fortsatt se,

¹⁹³ NOU 2003: 15 "Fra bot til bedring" s. 48

¹⁹⁴ Ragnar Hauge, *Straffens begrunnelser*, Oslo 1996 s. 19.

¹⁹⁵ NOU 2003: 15 "Fra bot til bedring" s. 48.

¹⁹⁶ Ibid. s. 50.

¹⁹⁷ Francis Hagerup, *Strafferettens almindelige del*, 3. utgave, Oslo 1930 s. 11.

men da i en mer indirekte form ved tanker om at straffen skal være rettferdig, forholdsmessig og således fremme den sosiale ro.

8.4 Nærmere om de relative straffeteoriene (nytteteoriene)¹⁹⁸

De relative straffeteoriene skiller seg fra de absolutte ved at perspektivet er fremtidsrettet, og tanken med straff er å hindre fremtidige lovbrudd. Hovedbegrunnelsen bak straffeinstituttet blir dermed dets nytteeffekt når det gjelder å hindre lovbrudd. Straff som forebyggende virksomhet kan enten virke allmennpreventivt eller individualpreventivt. Hagerup brukte uttrykkene "specialprevæntion" om "de virkninger, straffen kan ventes at ville frembringe hos den enkelte forbruder" og "generalprævention" om hvilken effekt straffen "kan ventes at ville have for samfundet i det hele".¹⁹⁹ Francis Hagerup ga i 1930 også uttrykk for at "[s]traffens eneste, men ogsaa tilstrækkelige etiske begrundelse ligger i dens nødvendighed for det ordnede samfund".²⁰⁰ Hvorvidt Hagerups uttalelser fortsatt er relevante i dagens strafferettspleie, skal drøftes nærmere i det følgende.

Den allmennpreventive virkning gir seg til kjenne ved at straffetrusselen skal bidra til å virke avskrekkende, moraldannende og vanedannende på samfunnsborgerne.²⁰¹ Ved å straffesanksjonere et handlingsmønster gir staten samtidig et signal om at dette er uønsket atferd og at man pådrar seg straff dersom man likevel velger å avvike fra det som er lovlig. Forutsetningen for at man skal oppnå en slik effekt, er at straffebudet må være kjent hos allmennheten, at oppdagelsesrisikoen er stor og at lovbruddet faktisk blir fulgt opp av staten, eksempelvis med rettssak og dom. Selve straffenivået som knyttes til handlingen vil også være av betydning for å oppnå en allmennpreventiv virkning. Den moraldannende effekt oppstår først over tid, slik at borgerne har hatt mulighet til å innrette seg etter reglene og automatisk inntar en holdning til at visse handlinger er urettmessige. "Straff – og ikke behandling og sosialpolitiske tiltak – var nødvendige dersom lovbrøyerne skulle få forståelse for at lover var til for å etterleves".²⁰²

Straffens individualpreventive virkning viser seg på en annen måte enn den allmennpreventive effekten. Hensikten med individualprevensjon er at straffen skal oppleves så belastende på lovbrøyeren, at

¹⁹⁸ Kildedokument for drøftelsen er NOU 2003: 15 "Fra bot til bedring".

¹⁹⁹ Francis Hagerup, *Strafferettens almindelige del*, 3. utgave, Oslo 1930 s. 19.

²⁰⁰ Ibid. s. 12.

²⁰¹ Les mer om straffens moralstyrkende, moraldannende og vanedannende virkning i Ragnar Hauge, *Straffens begrunnelser*, Oslo 1996 s. 296-300.

²⁰² Ibid. s. 294.

vedkommende ikke vil begå lignende lovbrudd i fremtiden. Tanken er at straff skal bidra til å rehabilitere lovbyteren, slik at vedkommende blir i stand til å fungere i samfunnet, uten å begå nye lovbrudd. Hvorvidt straff faktisk har en individualpreventiv virkning vil avhenge av omfanget og arten av den strafferettslige reaksjonen, innholdet av straffen og domfeltes personlighet/livssituasjon. Det er med andre ord flere momenter som har innvirkning på om straffen vil ha den effekten som lovgiver hadde tenkt seg.

I nyere tid er rehabilitering og humanitet i strafferettspleien blitt fremhevet som særlige hensyn i strafferettspleien. Det står sentralt at man skal gi lovbyteren en sjanse til å gjøre opp for seg, og etter endt soning en mulighet til å returnere til samfunnslivet. En forutsetning for at tilbakeføring skal fungere er at lovbyteren er i stand til å innrette seg etter gjeldende lovgivning og sosiale normer. En human strafferettspleie fordrer at lovbytere blir gitt en mulighet til å gjøre bot for sine handlinger, og returnere til samfunnet for å bidra som en del av fellesskapet.

8.5 Perspektiver i gjeldende rett

Prevensjonstanken har alltid stått sentralt i norsk strafferett. Det har igjen vært vanlig å dele inn prevensjonsformålet i to, herunder tanken om at straffen virker individualpreventivt og at straffen virker allmennpreventivt. Kort oppsummert er det "individualprevensjon som tar sikte på å forhindre lovbrudd hos den som straffes, og allmennprevensjon som tar sikte på å forhindre lovbrudd som kan tenkes begått av folk i sin alminnelighet".²⁰³

Når det gjelder allmennprevensjon, er straffebudene bygd opp slik at de reaksjonsfastsetter bestemte typer lovbrudd, alt etter hvor alvorlige de er. Den allmennpreventive effekten kan også inndeles i flere momenter ved at også den skal virke avskrekkende samt "den vanedannende og holdningsskapende virkning".²⁰⁴ Hvert enkelt straffebud sier i seg selv noe om hvilken straff en borger kan forvente seg dersom vedkommende skulle begå lovbrudd. Idet reglene selv uttaler hva man kan forvente seg av reaksjon på et lovbrudd, er dette med på å fremme forutberegneligheten for den enkelte. Det er derfor viktig at regelverket er gjort tilgjengelig for borgerne. I dette ligger det en parallell til kravet om tilgjengelighet etter EMK.²⁰⁵ Dersom reglene om straff oppnår sitt avskrekkende formål, bidrar straffen således til at å hindre at andre begår lignende lovbrudd. Effekten beror imidlertid på en rekke personlige forhold, og er dels også betinget av hvilket sosialt miljø vedkommende oppholder seg i.

²⁰³ Ragnar Hauge, *Straffens begrunnelser*, Oslo 1996 s. 18.

²⁰⁴ Innst. O. nr. 72 (2004-2005) "Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven)" s. 14.

²⁰⁵ Se oppgavens avsnitt 7.2.

Straff kan dessuten, som en del av den allmennpreventive effekten, bidra til å ivareta den sosiale ro. Reglene om straff er således en respons til et iboende krav hos befolkningen om at lovbrøttere skal straffes, og at alvorlige forbrytelser skal bedømmes strengt. I dette ligger altså et krav om rettferdighet og et krav om forholdsmessighet. Ved å bedømme alvorlige lovbrudd strengt har man således etablert en forholdsmessighet mellom lovbrudd og reaksjonsfastsettelsen. Brudd på allmenne forutsetninger kan føre til sosial uro, og igjen resultere i at borgerne føler seg utrygge og ser seg nødt til å ta loven i egne hender.²⁰⁶ En side til straffens funksjon er altså dens formål om å virke betryggende på samfunnsdeltakerne. "Ved at det blir reagert overfor straffbare handlinger, blir det dessuten skapt tillit til at rettsapparatet verner de lovlydige mot forbryterne. Dette gir folk en følelse av trygghet".²⁰⁷ Straffen tjener således en balanserende rolle i samfunnet, hvor den som begår lovbrudd og skaper ubalanse blir straffet og forhindret fra å gjøre lignende lovbrudd igjen. Staten befester samtidig sin posisjon som utøvende og dømmende makt, slik at det ikke blir nødvendig for borgerne å ta affære. I dette henseende virker straffen på å opprettholde den sosiale ro og skape tydelige grenser mellom rett og galt. Så lenge borgerne ser nytteeffekten og resultatene ved at lovbrudd innebærer straff, motvirker man altså forekomsten av selvtekt.²⁰⁸

I tråd med forarbeidene til ny straffelov av 2005, er gjengjeldelse ikke et legitimt formål sett i lys av dagens forståelse av straffebegrepet. Tanken om at straff er en gjengjeldelse og hevn overfor lovbrøtteren skal ikke utgjøre en del av spørsmålet om straff. Gjengjeldelsesperspektivet åpner i en viss utstrekning for at lovbrøtteren skal lide for den ugjerning vedkommende har begått, samt at lidelsen skal avspeile alvorligheten i lovbruddet. Det vil eksempelvis ikke virke betryggende at man bøtelegger person en som har begått et grovt tyveri eller et drap. I mange tilfeller vil en bøtestraff for såpass alvorlige forbrytelser oppleves for mildt. Selv om gjengjeldelse i sin reneste form ikke lenger er et legitimt hensyn å ta i relasjon til straffen, spiller momentet likevel inn i vurderingen av forholdsmessighet, rettferdighet og opprettholdelsen av den sosiale ro. Disse momentene kan dog ikke utgjøre kjernevurderingen av straffebegrepet.

Den individualpreventive effekten av straff, er at reaksjonsformen skal virke avskrekkende på den domfelte, slik at vedkommende ikke skal begå lignende lovbrudd i fremtiden. Ved å fengsle lovbrøtteren hindrer man således den domfelte fysisk fra å begå nye lovbrudd, samtidig som man beskytter vedkommende mot å skade seg selv eller andre. "De individualpreventive virkninger av straffen kan

²⁰⁶ NOU 1983: 57 "Straffelovgivningen under omforming Straffelovkomisjonens delutredning I" s. 50.

²⁰⁷ Ibid. s. 50.

²⁰⁸ NOU 2003: 15 "Fra bot til bedring" s. 50.

igjen deles i tre: Det er straffens uskadeliggjørende (inkapasiterende), avskrekkende og forbedrende virkninger”.²⁰⁹ Fengselsstraffen virker uskadeliggjørende på den måte at lovbrysteren får sin frihet begrenset, og dermed ikke er i stand til å begå nye lovbrudd. Det sentrale er ”å legge en subjektiv vurdering av farlighet og tilbakefallsrisiko til grunn ved avgjørelsen av hvorvidt en lovovertreder skal inkapasiteres eller ikke”.²¹⁰ At straffen skal virke avskrekkende, går ut på at man forutsetter at den domfelte ikke skal ønske å begå nye lovbrudd dersom straffen har oppnådd sitt formål. Den forbedrende effekt viser seg i den utstrekning lovbrysteren er blitt rehabilitert og ikke vil begå nye lovbrudd i fremtiden.²¹¹ Det er imidlertid vanskelig å måle hvorvidt straffen faktisk har en individualpreventiv effekt på den enkelte lovbryster. ”Det er problematisk å argumentere for en hhv. mild eller streng straff begrunnet med individualpreventive hensyn dersom man ikke vet om valget har noen betydning for om gjerningspersonen vil begå nye straffbare handlinger”.²¹²

Spørsmålet om hvorfor vi straffer og hvilke begrunnelser som legitimerer straff er av sentral betydning.²¹³ Det er særlig viktig å reise problemstillinger av en slik karakter, idet humanisme er et hensyn som i stor grad har gjort sitt inntog på strafferettens område. Dersom man tar utgangspunkt i Andenæs sin definisjon av straffen som et onde, taler gode grunner for at man må være legitimert for å kunne påføre et slikt onde. Dessuten må visse kontrollmekanismer, spesielt når det gjelder etterprøvbarehet, være på plass i strafferettssystemet. Straffen må i tilsvarende grad være vel fundert og begrunnet, i tillegg til at retten til å straffe ligger hos domstolene og ansvaret for de straffedømte ligger hos staten. Det vil til enhver tid måtte nyanseres hva som ligger i straffebegrepet i lys av samfunnsutviklingen. Dersom en forstår det slik at formålet med straff er å oppnå en bestemt fremtidig effekt, enten i form av individual- eller allmennprevensjon, vil gjengjeldelse som begrunnelse for straff være illegitim. Likevel er det slik at man ikke helt klarer å skille seg fra dette sporet, fordi straffen ofte tar hensyn til å bevare den sosiale ro i samfunnet. Gjeldende rett preges således av at både nytte- og rettferdighetsbetraktninger kommer til uttrykk i sine refleksjoner omkring straff. Andenæs har blant annet gitt uttrykk for at det ikke nødvendigvis er et spenningsforhold mellom allmenn- og

²⁰⁹ Innst. O. nr. 72 (2004-2005) ”Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven)” s. 14.

²¹⁰ Ragnar Hauge, *Straffens begrunnelser*, Oslo 1996 s. 335. Se for øvrig også NOU 1974: 17 ”Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner”, samt NOU 1990: 5 ”Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner”.

²¹¹ Svein Slettan og Toril Marie Øye, *Forbrytelse og straff*, Oslo 2001 s. 12 flg.

²¹² Ståle Eskeland, *Strafferett*, 2. utgave, Oslo 2006 s. 425.

²¹³ Se blant annet Morten Kinander, ”Vi har glemt hvorfor vi straffer”, publisert 26.04.12: www.civita.no/2012/04/26/vi-har-glemt-hvorfor-vi-straffer

individualprevensjon, men i første hånd allmennprevensjonen og humanitetshensynet som kommer i konflikt med hverandre.²¹⁴

8.6 Endrer overføringen reaksjonens karakter?

Staten skal, ved å bruke straff som virkemiddel overfor lovbreakere, plassere et *ansvar* for den ugjerning som er begått. Bruken av straff som respons på lovbrudd, reiser i tråd med denne oppgavens posisjon, særlig spørsmål om den etiske begrunnelse samt den moralske berettigelse for å idømme straffansvar. Det er en grunnleggende forutsetning for straffansvaret at lovbreakeren har utvist skyld ved den rettsstridige handling.²¹⁵ Med dette som utgangspunkt forandrer ikke overføringen reaksjonens karakter. Grunntanken med overføringsadgangen er ikke å straffe den særreaksjonsdømte, snarere å beskytte samfunnet mot at den domfelte skal begå lignende alvorlige forbrytelser på nytt. Selv om man overfører en person til anstalt innen kriminalomsorgen, finnes det altså ikke noe element av bebreidelse i særreaksjonen. Overføringen finner sted fordi det er praktisk å ivareta særlig farlige personer i en institusjon hvor man i større grad er vant til å håndtere farlige lovbreakere.

Strafferetten er imidlertid ikke alene om å operere med et skyldprinsipp. Erstatningsretten tar også utgangspunkt i en vurdering hvor skyld utgjør et sentralt element. Skyldregelen, også kjent som culperegelen, som sier at "[h]ar en person eller virksomhet voldt en skade ved en handling som må betegnes som uaktsom eller uforsvarlig, pålegges erstatningsansvar overfor skadelidte for det tap som er påført ham".²¹⁶ Også culperegelen er inndelt i ulike skyldgrader, hvor det i den erstatningsrettslige vurderingen skal "tas utgangspunkt i det som er forsvarlig handlemåte på det livsområdet skadevolderen har beveget seg i".²¹⁷ Strafferetten skiller i hovedsak mellom skyldformene forsett og uaktsomhet.²¹⁸ I erstatningsretten "blir det som hovedregel ikke skilt mellom forsett og aktløse når det

²¹⁴ Johs. Andenæs, Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, *Alminnelig strafferett*, 5. utgave, Oslo 2004 s.97.

²¹⁵ I norsk strafferett har man ulike skyldgrader som korresponderer med graden av bebreidelse ved lovbruddet. Vurderingen er nyansert og sammensatt av flere momenter. For mer utførlig drøftelse, se: Ståle Eskeland, *Strafferett*, 2. utgave, Oslo 2006 s. 267 flg.

²¹⁶ Peter Lødrup og John Asland, *Oversikt over erstatningsretten*, 7. utgave, Oslo 2011 s. 34.

²¹⁷ Ibid. s. 36.

²¹⁸ Man opererer imidlertid også her med ulike graderinger av forsettsbegrepet og uaktsomhetsbegrepet. Se Ståle Eskeland, *Strafferett*, 2. utgave, Oslo 2006 s. 269 flg.

gjeld ansvarsgrunnlaget i relasjon til skadelidne. Men skyldgraden kan det takast omsyn til bl.a. når det gjeld avgrensing i årsakssammenhengen og ved lemping av skadebotssummen”.²¹⁹

Strafferetten og erstatningsretten skiller imidlertid lag idet staten har monopol på å ilegge straffansvar etter straffelovens regler. En annen ting som skiller straff fra erstatning er hvem gjerningspersonen må stå til ansvar for. For å oppsummere kan man si at ”straff er eit ansvar overfor samfunnet, medan skadebot gjeld ansvar overfor skadelidne”.²²⁰ Erstatningsretten skiller seg blant annet fra strafferetten ved at erstatning er en privatrettslig disiplin, mens straff anses som et offentlig anliggende. Strafferetten skiller seg videre fra erstatningsretten ved at grl. § 96 krever at det må foreligge en lov som gjør handlingen straffbar samt at straff ikke kan idømmes uten en rettslig prosess. Erstatningsretten har imidlertid ikke et slikt tilsvarende krav, og det er ingenting i veien for at partene selv tar initiativ til å ordne opp seg imellom.

I forlengelsen av å fastlegge den nærmere betydningen av straffebegrepet kan man stille spørsmål om det er andre forhold som gjør overføringsadgangen problematisk. Det er en av oppgavens mest sentrale problematiseringer å se overføringsadgangen i lys av de ordinære straffesanksjonene, og samtidig vurdere hvorvidt endringen reaksjonen medfører at en ikke strafferettslig reaksjon, vil oppfattes og oppleves som straff. Når det gjelder den særreaksjonsdømte selv, er spørsmålet om reaksjonsgjennomføringen i etterkant av overføringen vil føre til at vedkommende oppleve særreaksjonen som straff. Konsekvensene av en overføring fra helsevesenet til anstalt innen kriminalomsorgen, innebærer i praksis at et annet regelverk styrer reaksjonsgjennomføringen. Selv om dommen i utgangspunktet lyder på tvungent psykisk helsevern, sitter vedkommende i fengsel og ”soner” på lik linje med ordinære straffedømte. Verken den særreaksjonsdømte selv eller utenforstående vil se noen merkbar forskjell på en særreaksjonsdømt og en straffedømt i denne sammenhengen.

9 Øvrige prinsipielle betraktninger – fokus på humanitetshensyn

Det er det klare utgangspunkt at ”[s]trafferettspleien skal være human, men samtidig effektiv og målrettet nok til å gi samfunnet og befolkningen tilstrekkelig beskyttelse”.²²¹ Overføringen til

²¹⁹ Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 6. utgåve, Bergen 2007 s. 10.

²²⁰ Ibid. s 9.

²²¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) ”Om lov om straff” s. 17.

helsevesenet i medhold av strl. § 39 medfører at psykisk helsevern bærer det primære ansvar for videre behandling, omsorg og håndtering av domfelte.²²² Når psykosen så er opphørt, åpner lovverket for å overføre særlig farlige individer til videre omsorg og håndtering i anstalt innen kriminalomsorgen, det vil si fengsel. Forarbeidene uttaler imidlertid "at det bør vises stor tilbakeholdenhet med å reagere strafferettslig mot utilregnelige. Selv om særreaksjoner som Straffelovrådet foreslår, ikke er ment å være straff, vil de dømte etter omstendighetene kunne føle det slik".²²³ Hensikten med overføringen er at fengselsinstitusjonene står bedre rustet til å ivareta individer som er aggressiv, utagerende og utgjør en fare for de rundt seg. Personen vil imidlertid ikke utgjøre en mindre belastning for personalet innen en fengselsinstitusjon enn det vedkommende gjør for helsepersonell. Etter at domfelte er overført til fengselsinstitusjon er det fengselet som overtar omsorg, behandling og håndtering av vedkommende. Her er det viktig å merke seg at alle tiltak og vedtak må skje innen rammene av straffegjennomføringsloven. Det er altså ulike regelsett som styrer reaksjonsgjennomføringen, avhengig av hvilken institusjonell struktur den særreaksjonsdømte er underlagt.

Lovgiver var tidlig ute med å understreke viktigheten av at personer med psykiatriske avvik først og fremst skal anbringes i den institusjon som er best tilpasset den enkeltes behov. Forarbeidene understreker videre viktigheten av å ha vurdert alternative institusjoner før en overføring finner sted. Dersom den særreaksjonsdømte i etterkant av overføringen skulle få et psykotisk tilbakefall, foreholder forarbeidene det som selvsagt at vedkommende skal tilbakeføres helseinstitusjon. Argumentasjonen kan tas til inntekt for at det er personlige, individuelle forhold som avgjør hvorvidt en overføring skal kunne gjennomføres eller ei. På mange måter ble behandlingsperspektivet her lansert som et sentralt argument for å unngå fengsling av personer med en sinnslidelse.

Særreaksjonsutvalget foretok i 1990 en avveining hvor de konkluderte med at "[n]år det av hensyn til samfunnsbeskyttelsen er nødvendig å reagere overfor slike lovbrytere, antar utvalget at den beste løsning vil være at det psykiske helsevern får ansvar for behandling, omsorg og nødvendig kontroll også overfor denne gruppen. Både ut fra mulighetene for å hindre gjentatte lovbrudd, og ut fra hensynet til humanitet og behandlingsbehov, vil dette totalt sett være en bedre løsning enn f.eks. å sikre slike lovbrytere innen fengselsvesenets anstalter".²²⁴ Ut fra dette kan man si at det først og fremst er viktig at personer med psykiatriske avvik behandles innen helsevesenet. Det er tross alt de psykiatriske

²²² NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" s. 75.

²²³ NOU 1983: 57 "Straffelovgivningen under omforming Straffelovkommisjonens delutredning I" s. 201.

²²⁴ NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" s. 73.

sykehusene som har kompetanse og midler til å ivareta pasienter med psykiatriske lidelser.²²⁵ Som et ledd i "opptrappingsplan for psykisk helse 1999-2006", ble de regionale sikkerhetsavdelingene opprettet.²²⁶ Innleggelse i regional sikkerhetsavdeling skjer enten etter psykisk helsevernloven kapittel 3, dom på tvungent psykisk helsevern jfr. strl. § 39 jfr. phlsvl. kapittel 5 og mottar i tillegg "henvisninger som gjelder utredning og behandling av personer fra varetekt, fengsel, politiarrest eller forvaring, klinisk observasjon etter straffeprosessloven § 167 og overføring fra varetektsfengsel etter straffeprosesslovens § 188, samt straffedømte til døgntilrettelagt behandling etter § 13 i straffegjennomføringsloven".²²⁷ Sett i lys av det ansvar som allerede påhviler regional sikkerhetsavdeling, taler gode grunner for at institusjonen som utgangspunkt skal være i stand til å håndtere også farlige lovbrøttere.

I forarbeidene til den nye straffeloven fremheves "at hensynet til rettferdighet og humanitet taler mot å påføre mennesker et onde uten at det har noen nytteverdi for samfunnet".²²⁸ Humanitetshensynet taler dermed mot å benytte straff, med unntak av de tilfellene hvor samfunnet vinner noe på det. Slik vinning kan blant annet være samfunnsbeskyttelse og opprettholdelse av ro og orden. Det må således foretas en avveining mellom hvor sterke rettferdighets- og humanitetshensyn som gjør seg gjeldende, og hva samfunnet kan tjene på å holde vedkommende person frihetsberøvet.

Det fremgår klart av forarbeidene og Særreaksjonsutvalgets utredning at samfunnsbehovets beskyttelse i enhver skjønnsmessig vurdering vil, og skal, veie tyngre enn den enkeltes behov for behandling.²²⁹ Utgangspunktet er med andre ord at det er samfunnets behov for beskyttelse mot enkeltindivider som skal være avgjørende. Det er ikke dermed sagt at individet skyves i bakgrunnen. Behandlingsbehovet

²²⁵ Når det gjelder midler til ivaretagelse av henholdsvis fengselsinnsatte og pasienter innen det psykiske helsevern er det fastslått en døgntilrettelagt pris på 10 000 kr pr. person innen de regionale sikkerhetsavdelingene, mens døgntilrettelagte priser for de fengselsinnsatte utgjør mellom 2 000 – 3 000 kr pr person. Denne informasjonen har framkommet blant annet under diskusjon med assisterende regiondirektør i Kriminalomsorgen Region Vest Leif Waage, samt ut fra brev fra Kriminalomsorgen region vest til Rogaland statsadvokatembeter i relasjon til Gulating Lagmannsretts dom av 25.03.11

²²⁶ St.prp. nr. 63 (1997–1998) "Om opptrappingsplan for psykisk helse 1999-2006 Endringer i statsbudsjettet for 1998."

²²⁷ Prop. 108 L (2011-2012) "Endringer i psykisk helsevernloven (regionale sikkerhetsavdelinger og enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå m.m.) s. 11.

²²⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) "Om lov om straff" s. 77.

²²⁹ NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" s. 72. Se også oppgavens note 51.

skal spille en rolle i helhetsvurderingen, men ved avveiningen mot samfunnsvernet, vil det kollektive behovet veie tyngre. I den videre redegjørelse skal oppgaven løfte frem behandlingshensynet og se på hvilken betydning det har for dom på tvungent psykisk helsevern.

Straffeloven § 39 ingenting om at behandlingshensyn skal tillegges vekt ved spørsmål om dom på psykisk helsevern. Den subjektive forutsetningen for at dom på psykisk helsevern skal kunne avsies er at lovbyteren "er straffri etter § 44 første ledd" jfr. strl. § 39 første ledd. En annen måte å si det på er at vedkommende i løpet av sykehusoppholdet må ha blitt frisk fra sin psykose, og dermed er tilregnelig i strafferettslig forstand. En av hovedpremissene for straffrihet faller dermed bort. I utgangspunktet er det liten grunn til å holde en pasient tilbake i institusjonen dersom vedkommende er blitt frisk. Det er imidlertid her phlsvl. § 5-6 kommer inn, ved at særlig samfunnsfarlige lovbytere kan overføres til anstalt innen kriminalomsorgen.

Forarbeidene har dog uttalt at dom på tvungent psykisk helsevern ikke bare begrunnes ut fra en tanke om samfunnsbeskyttelse, men at individet også vil være tjent med slik behandling i enkelte tilfeller.²³⁰ Tanken bak dette resonnementet er at vedkommende objektivt sett vil kunne oppnå bedre livskvalitet som frisk. For å oppnå en bedring hos pasienter krever det behandling, enten medikamentelt eller terapeutisk. Når det gjelder å håndtere særlig farlige individer, er det sannsynlig at behandlingen også vil være avhengig av en mulighet til å foreta utstrakt kontroll og håndheve tvangsinngrep ved behov, eksempelvis ved utagerende og aggressiv atferd. Etter Særreaksjonsutvalgets vurderinger vil bruk av slik tvang "kunne bidra til at flere lovbrudd forhindres og at sykdommen behandles i tilfeller hvor dette ellers ikke ville ha skjedd".²³¹

Mye taler for at hensynet til den enkeltes behov for behandling får en underordnet betydning dersom sentrale verdier som "liv, helse eller frihet" jfr. strl. § 39 nr. 1 og nr. 2, er truet. Særreaksjonsutvalget argumenterer dessuten for at samfunnsvernet og behandlingshensynet ikke nødvendigvis er motstridende, idet også individet vil tjene på å motta behandling. Det fremstår her som om utvalget mener at den særreaksjonsdømte ikke ville ha begått lovbruddet dersom vedkommende var helt mentalt frisk. I dette ligger en forutsetning om at man ikke må være preget av en alvorlig sinnslidelse for fullt ut å være i stand til å forstå konsekvensene av sine handlinger.

²³⁰ NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner". Se også sitat tilhørende oppgavens note 32.

²³¹ NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" s. 71.

Dom på tvungent psykisk helsevern er i utgangspunktet en reaksjon som skal gjennomføres i det psykiske helsevern. Det er helsevesenet som har de beste forutsetningene for å gi nødvendig og tilfredsstillende behandling, hvor dommen er et nødvendig middel for å hjelpe den særreaksjonsdømte. Flesteparten av psykotiske lovbreakere vil ikke være klar over at de er syke, og fornekte dette som mulighet. Ved å avsi dom på tvungen psykisk helsevern ivaretar man således hensynet til samfunnsvernet, idet den særreaksjonsdømte avskjæres fra kontakt med omverden, og tvinger lovbreakeren inn i et behandlingsregime som kan bidra til at vedkommende blir frisk. Det er imidlertid verdt å merke seg at pasienter som er preget av alvorlig psykiatrisk sykdom, også vil være en belastning å håndtere for pleiepersonalet. Helsevesenet er heller ikke vant med utstrakt bruk av kontroll eller makt i håndteringen av pasienter, selv om psykisk helsevernloven i noen grad åpner for å bruke tvang.

På tross av at man har administrative hjemler i psykisk helsevernloven, særlig lovens kapittel 4, har det utviklet seg en restriktiv praksis når det gjelder praktisk bruk av tvang i helsevesenet. En mulig forklaring på det er at ethvert tvangsinngrep representerer en krenkelse av den personlige integritet. Tvangsinngrep i medhold av administrative vedtak krever imidlertid en restriktiv praksis, fordi etterprøvbareheten og kontrollen med disse tiltakene ikke er like streng regulert som inngrepshjemlene i straffeloven. I tilfeller hvor den særreaksjonsdømte har begått alvorlige lovbrudd og samtidig viser at det er en fare for gjentakelse, vil samfunnsvernet tale for at det er rimelig å inkapasitere vedkommende. Som et alternativ til overføring vurderte særreaksjonsutvalget i hvilken grad psykisk helsevernloven kunne løse lignende problemstillinger. Etter drøftelsen kom utvalget til at desto "større adgangen er til å gripe inn administrativt, jo mindre behov vil det være for strafferettslige særreaksjoner".²³²

Etter en nøye vurdering av behandlingalternativets sider, samt hvilke konsekvenser mangel på reaksjon overfor farlige lovbreakere kan ha for samfunnet, kommer særreaksjonsutvalget til at det mest fornuftige er å etablere et institutt som gir anledning til å frihetsberøve denne persongruppen, uten å idømme straff. "Både ut fra mulighetene for å hindre gjentatte lovbrudd, og ut fra hensynet til humanitet og behandlingsbehov, vil dette totalt sett være en bedre løsning enn f.eks. å sikre slike lovbreakere innen fengselsvesenets anstalter".²³³ Behandlingshensynet spiller således en viss rolle for hvorvidt reaksjonen kan idømmes, men hvor det avgjørende alltid vil være betingelsen om at samfunnsvernet må bli godt nok ivarettatt.

²³² Ibid. s. 73.

²³³ Ibid. s. 72.

10 Oppsummerende refleksjoner – er overføringsadgangen betenkelig?

Del I i oppgaven klargjorde på et rettsdogmatisk plan at overføringsadgangen er snever: Den vil bare være aktuell å bruke i ekstraordinære tilfeller, og er snarere et unntak enn en hovedregel. At overføringsadgangen etter phlsvl. § 5-6 er snever, bekreftes av at vurderingen er sammensatt av tre kumulative vilkår, hvor "særlige grunner" utgjør den samlede helhetsvurderingen. Slik overføringsadgangen er lagt opp i dag, vil det være mulig å flytte en pasient fra helseinstitusjon over i anstalt innen kriminalomsorgen dersom samtlige vilkår i phlsvl. § 5-6. Hovedbegrunnelsen for at overføring kan finne sted, er at det må være et sterkt samfunnsmessig behov for å verne seg mot vedkommende. Spørsmålet er så om muligheten til overføring er problematisk. I dette henseende har oppgaven vært fokusert omkring spørsmålet om overføringen endrer reaksjonens karakter fra særreaksjon til straff, og også diskutert visse andre prinsipielle betenkeligheter i spørsmålet om individuelle behandlingshensyn og humanitetshensynet.

På spørsmålet om reaksjonen endrer karakter, har oppgaven vist at dette ikke er tilfellet. Det er i hovedsak snakk om et institusjonelt bytte, ikke en formell endring av den opprinnelige dom på tvungent psykisk helsevern. Likevel er overføringsadgangen betenkelig med tanke på de konsekvenser den får for individet. Det er som utgangspunktet åpenbart at samfunnet har et behov for å verne seg mot lovbrøtere som representerer en trussel mot sentrale rettsstatsverdier, som "liv, helse eller frihet" jfr. strl. § 39 nr. 1 eller nr. 2. En av dimensjonene med strafferettssystemet er å ivareta denne tryggheten ved å inkapitere individer som begår lovbrudd, og hvor det eksisterer en fare for at de på nytt vil begå lignende alvorlige forbrytelser. Begrunnelsen for inkapasitering, eller uskadeliggjøring, er nettopp å beskytte omverdenen mot at deres sentrale verdier blir krenket, i tillegg til at man ønsker å hindre lovbrøteren i å begå nye lignende ugjerninger. Trygghet og samfunnsvern er med andre ord viktige stikkord i forbindelse med strafferettssystemets funksjon.

Hensynet til trygghet og behovet for samfunnsvern må likevel balanseres mot den enkeltes behov for behandling. Det må i alle tilfeller reises spørsmål hvorvidt det er hensiktsmessig å overføre vedkommende fra psykiatrisk sykehus til anstalt innen kriminalomsorgen. Oppgavens konklusjon er dog at overføringsadgangen ikke sikrer en adekvat balanse mellom hensynet til samfunnsvernet og den enkeltes behov.

Som utgangspunkt mangler fengselsinstitusjoner den institusjonelle struktur, faglige kompetanse og styrende regelsett som gjør dem egnet til å behandle og følge opp psykiatriske pasienter.²³⁴

²³⁴ Forskrift 22. februar 2002 nr. 183 til lov om straffegjennomføring § 3-16. Se også Birgitte Langset Storvik, *Straffegjennomføring etter lov av 18. mai 2001 nr. 21*, 2. utgave, Kristiansand 2011 s. 176-177.

Primærformålet med fengselsinstitusjonen er å ivareta samfunnets behov for sikkerhet og samtidig rehabilitere og tilbakeføre lovbrøtterne til samfunnslivet. All den tid lovbrøtteren er tilknyttet det psykiske helsevern, er det også psykisk helsevernloven som gir rammene for hvilke administrative kontrolltiltak som kan gjennomføres. Idet en overføring trer i kraft vil det være straffegjennomføringsloven som utgjør rammene for reaksjonen. For et individ som i utgangspunktet er idømt psykisk helsevern, vil overføring til fengselsinstitusjon kunne oppleves som belastende, idet man må tilpasse seg et regime basert på generell kontroll, framfor et behandlingsopplegg som tar hensyn til den enkelte. Det er mye som tyder på at fengselshelsetjenesten vil ha problemer med å gi et adekvat behandlingstilbud til de særreaksjonsdømte dersom de overføres til anstalt innen kriminalomsorgen.

Når det gjelder helseinstitusjonen som skal ivareta de særreaksjonsdømte, stilles det ingen bestemte krav til hvordan den institusjonelle strukturen skal være innad i helsevesenet. Det er imidlertid slik at innholdet i særreaksjonen må "tilpasses de institusjoner og tilbud det psykiske helsevern for øvrig finner forsvarlig i forhold til de oppgaver som foreligger".²³⁵ Med dette forstås at det vil være en del av vurderingen fra psykiatriens side å fastslå hvorvidt det er forsvarlig å overføre lovbrøtteren til institusjon innen fengselet, sett i lys av det tilbudet fengselsanstalten evner å gi vedkommende. En tilsvarende vurdering må foretas av retten, idet de "kan" beslutte overføring jfr. phlsvl. § 5-6 første ledd første punktum. Dersom den særreaksjonsdømtes behov ikke blir tilstrekkelig ivaretatt ved fengselsinstitusjonen, vil overføringen i hovedsak virke som en ordinær frihetsberøvelse. I ytterste konsekvens kan en person som er syk og i behov av behandling, bli sittende i en institusjon hvor de ikke evner å etterkomme den behandling vedkommende trenger. Verken samfunnet som helhet eller institusjonene vil være tjent med en slik ordning. Det kan her problematiseres at man benytter seg av farlighetsvurderinger som et argument for overføring til fengselsanstalt. Behovet for samfunnsvern er i hovedsak begrunnelsen ved dom på forvaring etter strl. § 39 c, og det er noe betenkelig at samme argument skal kunne vektlegges overfor en person som i utgangspunktet er bedømt straffri jfr. strl. § 44 første ledd. Selv om den psykotiske episoden er over, trenger ikke det å bety at den særreaksjonsdømte er frisk. Det finnes mange psykiatriske diagnoser som er kompliserte og som ligger tett opp mot psykosebegrepet i strl. § 44. I den forbindelse blir det rimelig å spørre hvorvidt det er riktig at denne pasientgruppen anses som bedre skikket til å sitte i fengsel fremfor å motta adekvat behandling i helseinstitusjon.

Både EMK artikkel 3 og artikkel 5 nr. 1 bokstav e oppstiller, slik det framkom under drøftelsen i avsnitt 6.2 og 6.3, et krav om at institusjonens fasiliteter må være tilpasset den enkeltes behov for at frihetsberøvelse og innsettelse i fengselsanstalt skal anses som legitim. Det vil si at lokaler og tilgang på

²³⁵ NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" s. 75.

medisinsk og psykiatrisk behandling må være adekvat sett i sammenheng med den domfeltes behov, før en overføring kan gjennomføres. Førstvoterende i Rt. 2011 s. 1043 uttaler at det må "kreves at vedkommende plasseres i en avdeling som er spesielt egnet for opphold for denne type domfelte og med et spesielt tilpasset, individuelt opplegg for den enkelte".²³⁶ Samme synspunkt fremheves i forskrift om forvaring § 6 3. ledd hvor det heter at den "som er overført fra tvungent psykisk helsevern i medhold av psykisk helsevernloven § 5-6 skal alltid settes inn i avdeling som er tilrettelagt for domfelte med særlige behov".²³⁷

Dissenterende dommer Endresen uttaler i dommen at det før overføring kan idømmes "må være skissert et konkret regime for As opphold ved anstalten, som på tilbørlig måte tar hensyn til at han ikke er dømt til straff".²³⁸ Samlet taler disse momentene for at det må være etablert et fullgodt tilbud i den anstalt som mottar den særreaksjonsdømte, som på en tilfredsstillende måte skiller vedkommende fra de ordinære forvaringsdømte. Dommer Endresen mener "at myndighetene først må tilrettelegge for overføring" før domstolene kan gå inn og vurdere hvorvidt overføring kan skje.²³⁹ I forlengelsen av dette synspunkt skal det herunder nevnes at Gulating lagmannsrett hadde mottatt vitneforklaring vedrørende hvilket tilbud den særreaksjonsdømte kunne vente seg i etterkant av overføringen. Det ble da fremhevet at den fengselsinstitusjon som var aktuell for overføringen "ikke fungerer tilfredsstillende i dag, verken bygningsmessig eller når det gjelder tverrfaglig ekspertise".²⁴⁰ Konvensjonsforpliktelsene etter EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e synes således ikke tilfredsstillt slik situasjonen er i dag. Sett i lys av dette argumentet, fremstår overføring som problematisk.

Ved overføring fra helseinstitusjon til anstalt innen kriminalomsorgen, er det straffegjennomføringsloven som styrer den praktiske straffegjennomføringen. Helsevesenet og psykisk helsevernloven vil ikke lenger være hovedansvarlig for hva som skjer med den særreaksjonsdømte. Samlet sett taler hensynet til den enkelte, samt krav om adekvat oppfølging av psykiatriske lidelser og institusjonell tilrettelegging, mot overføring. Det må altså skje enkelte utbedringer innen kriminalomsorgens anstalter, før overføringsadgangen lever opp til sine forpliktelser etter EMK.

Avslutningsvis reiser overføringsadgangen spørsmål om rettssikkerheten i relasjon til kontroll, gjennomføring og opphør av særreaksjonen. Som utgangspunkt har man ved dom på tvungent psykisk

²³⁶ Rt. 2011 s. 1043 avsnitt (43).

²³⁷ Forskrift 5. mars 2004 nr. 481 om gjennomføring av særreaksjonen forvaring.

²³⁸ Rt. 2011 s. 1043 avsnitt (44).

²³⁹ Ibid. avsnitt (55).

²⁴⁰ Vitneforklaringen ble avgitt fra spesialist i psykiatri, Randi Rosenqvist i LG-2011-2886.

helsevern gitt signal om at den særreaksjonsdømte ikke skal holdes ansvarlig for sine handlinger, og dermed ikke straffes. Når det likevel er mulig å overføre denne pasientgruppen til anstalt innen kriminalomsorgen, er det da rimelig at de har dårligere forutsetninger for å begjære seg utskrevet? Det er også et spørsmål om hvem som skal kontrollere at reaksjonsgjennomføringen skjer innen rammene gitt i norsk lov og i EMK.

Når det gjelder de særreaksjonsdømtes rettsikkerhet, er det et spørsmål på hvilken måte det føres kontroll med reaksjonsgjennomføringen og hvilke muligheter vedkommende har til å begjære seg løslatt. I det øyeblikk vilkåret om gjentakelsesfare ikke lenger er oppfylt, skal vedkommende løslates jfr. phlsvl. § 5-6 tredje ledd jfr. strl. § 39 b første ledd. Opphør av reaksjonen på annet grunnlag er regulert i phlsvl. § 5-7, som også viser tilbake til strl. § 39 b. Senest tre år etter siste rettskraftige dom skal påtalemyndigheten enten beslutte opphør av reaksjonen eller bringe saken inn for tingretten, som avgjør om reaksjonen skal opprettholdes”.²⁴¹

Ved såpass alvorlige inngrep som frihetsberøvelse, bør den domfelte ha mulighet til å begjære seg løslatt. For å oppnå dette krever det at man kan føre kontroll med reaksjonsgjennomføringen, og at man har etterprøvnbarhet også i overføringssaker. Det er imidlertid ikke helt ukomplisert idet psykisk helsevernloven hovedsakelig opererer med administrative kontrollhemler, som således kan fattes uten ved rettslig behandling og dom. Dessuten unntar phlsvl. § 5-1 visse kontrollmekanismer fra tilfellene hvor det er idømt tvungent psykisk helsevern jfr. strl. § 39. Unntakene som gjelder kontroll og etterprøvnbarhet er phlsvl. § 3-7 som gjelder ”vedtak om opphør av tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern”, og phlsvl. § 3-8 som dreier seg om ”etterprøving uten klage samt opphør og forlengelse av tvungent psykisk helsevern”. Ved dom på tvungent psykisk helsevern har den særreaksjonsdømte, dennes nærmeste pårørende eller den som er farlig ansvarlig ved behandlingsinstitusjonen, mulighet til å begjære opphør av reaksjonen jfr. phlsvl. § 5-7 jfr. strl. § 39 b andre ledd. Muligheten for utskrivelse forutsetter samtidig at påtalemyndigheten bringer saken opp til doms, slik at beslutning om utskrivelse skjer i etterkant av en rettslig prosess. Den særreaksjonsdømte, en av dennes pårørende eller den faglig ansvarlige kan begjære opphør en pr. år jfr. strl. § 39 tredje ledd. Det er ellers opp til påtalemyndigheten å avslutte reaksjonen.

Det fremstår dermed slik at den som er overført til tvungent psykisk helsevern og siden flyttet til anstalt innen kriminalomsorgen, har begrensede muligheter for selv å begjære seg utskrevet. Sett i lys av spørsmålet om rettssikkerhet fremstår det som særdeles betenkelig at personer som i utgangspunktet

²⁴¹ Staffelloven § 39 b fjerde ledd.

er straffrie, skal ha dårligere kontrollmekanismer i forbindelse med reaksjonsgjennomføringen enn ordinære forvaringsdømte.

Samlet sett peker oppgaven således på så mange og alvorlige problemer vedrørende overføringsadgangen, at spørsmålet til slutt må bli hvorvidt bestemmelsen må tas bort. Det reiser dog problemet om hva som skal være alternative tiltak og regler sett i relasjon til de særreaksjonsdømte som ikke lenger er psykotiske, men fortsatt truer samfunnsvernet. Som en mulig løsning har det vært pekt på opprettelsen av en "Gråsoneanstalt", eller en anstalt som tar med seg behandlingshensynet fra helseinstitusjonene og sikkerhetshensynet fra kriminalomsorgens institusjoner.²⁴² Innvendingen må imidlertid være at opprettelsen av enda en institusjon ikke løser spørsmålene som er reist i oppgaven. Det er stor fare for at anstaltene vil tape faglig viktighet og at de vil være kostnadmessig krevende å legge til rette for og gi et fullgodt behandlingstilbud. Slike anstalter vil ikke nødvendigvis være et fruktbart tiltak. Det vil dessuten bety at man innfører enda et institutt i et system som fram til nå har fungert i to spor, henholdsvis det strafferettslige og det ikke strafferettslige. Konsekvensen av å innføre nye institusjoner i et system som allerede er komplisert, vil neppe gjøre situasjonen lettere. Det vil dessuten kunne oppleves enda mer stigmatiserende for den særreaksjonsdømte å bli plassert i en institusjon som både skal tvangsbehandle og inkapasitere pasientene.

For å hindre at reaksjonen ikke skal oppleves som, eller fremstå som straff, er det av sentral betydning at den anstalt innen kriminalomsorgen som skal ivareta de særreaksjonsdømte som overføres, er i stand til å gi et tilbud som skiller seg fra opplegget for de straffedømte. Et alternativ kan være å se på de administrative kontrollhjemlene som allerede fins i psykisk helsevernloven, og vurdere hvorvidt det er mulig å endre eller tilpasse praksis, slik at kontroll og behandling av utagerende, aggressive og lite samarbeidsvillige pasienter blir enklere. Det bør i alle tilfeller rettes et kritisk blikk mot overføringsadgangen i den utstrekning den særreaksjonsdømte selv, samt utenforstående, kan oppfatte reaksjonsgjennomføringen som en strafferettslig reaksjon. Hovedfokus for å ivareta denne persongruppen bør i alle tilfeller være på krav til behandling og rettssikkerhet for den enkelte.

²⁴² Spørsmål vedrørende Gråsoneanstalten ble diskutert i NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner" på s. 29.

11 Litteraturliste

Lov

Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814.

Almindelig borgerlig straffelov (Straffeloven) 22. mai 1902 nr. 10.

Lov om psykisk helsevern 28. april 1961 nr. 2 (ophevet).

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21. mai 1999 nr. 30.

Lov om etablering og gjennomføring av tvungent psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) 2. juli 1999 nr. 62.

Se Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) [pasientrettighetsloven] 2. juli 1999 nr. 63.

Lov om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven) 18. mai 2001 nr. 21.

Lov om straff (straffeloven) 20. mai 2005 nr. 28.

Lowvedtak

Lowvedtak 73 (2011-2012).

Forskrift

Forskrift 22. februar 2002 nr. 183 til lov om straffegjennomføring.

Forskrift 5. mars 2004 nr. 481 om gjennomføring av særreaksjonen forvaring.

Forskrift om etablering og gjennomføring av tvungent psykisk helsevern m.m. (psykisk helsevernforskriften) 16. desember 2011 nr. 1258.

Forarbeider

Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge 1896.

Norges Offentlige Utredninger

NOU 1974: 17 "Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner".

NOU 1990: 5 "Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner".

NOU 2003: 15 "Fra bot til bedring".

Proposisjon til Stortinget

St.prp. nr. 63 (1997–1998) ”Om opptrappingsplan for psykisk helse 1999-2006 Endringer i statsbudsjettet for 1998”.

Prop. 108 L (2011-2012) ”Endringer i psykisk helsevernloven (regionale sikkerhetsavdelinger og enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå m.m.)”.

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) ”Om lov om endringer i straffeloven m.v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner)”.

Ot.prp. nr. 46 (2000-2001) ”Om lov om endringer i straffeloven og i enkelte andre lover (endring og ikraftsetting av strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner samt endringer i straffeloven §§ 238 og 239)”.

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) ”Om lov om straff”.

Innstilling til Odelstinget

Innst. O. nr. 72 (2004-2005) ”Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven)”.

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1992 s. 1020.

Rt. 1992 s. 1714.

Rt. 1997 s. 48.

Rt. 2002 s. 509.

Rt. 2002 s. 1677.

Rt. 2003 s. 1085.

Rt. 2003 s. 1100.

Rt. 2005 s. 1091.

Rt. 2011 s. 1043.

Lagmannsrett

Gulating lagmannsrett LG-2011-2886.

Tingrett

Bergen tingrett dom 25.11.10 saksnr.: 10-147924MED-BBYR/03.

Den Europæiske Menneskerettsdomstol

Case of Lawless v. Ireland (No. 3) Application no. 332/57 Judgement Strasbourg 1 July 1961.

The Greek Case Application No. 3321/67, Denmark v. Greece; No. 3322/67, Norway v. Greece; No 3323/67, Sweeden v. Greece; No. 3344/67 Netherlands v. Greece 1969.

Case of K. P. T. v. The United Kingdom Application no. 5229/71 Judgement 05 October 1972.

Case of Engel and Others v. The Netherlands Application no. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 Judgement Strasbourg 8 June 1976.

Case of Ireland v. The United Kingdom Judgement Strasbourg 18 January 1978.

Case of Winterwerp v. The Netherlands Application no. 6301/73 Judgement Strasbourg 24 October 1979.

Case of Adolf v. Austria Application no. 8269/78 Judgement Strasbourg 26 March 1982.

Case of Öztürk v. Germany Application no. 8544/79, Judgement Strasbourg 21 February 1984.

Case of Campbell and Fell v. The United Kingdom Application no. 7819/77; 7878/77, Judgement Strasbourg 28 June 1984.

Case of Ashingdane v. The United Kingdom Application no. 8225/78 Judgement Strasbourg 28 May 1985.

Case of Herczegfalvy v. Austria Application no. 10533/83 Judgement Strasbourg 24 September 1992.

Case of Aksoy v. Turkey Application No. 21987/93, Judgement Strasbourg 18 December 1996.

Case of Aerts v. Belgium Application no. 61/1997/845/1051 Judgement Strasbourg 30 July 1998.

Case of Assenov and Others v. Bulgaria Judgement Strasbourg 28 October 1998.

Case of Labita v. Italy Application No. 26772/95 Judgement Strasbourg 6 April 2000.

Case of Salman v. Turkey Application no. 21986/93 Judgement Strasbourg 27 June 2000.

Case of Kudla v. Poland Application no. 30210/96 Judgement Strasbourg 26 October 2000.

Case of Keenan v. The United Kingdom Application no. 27229/95 Judgement Strasbourg 03 April 2001.

Case of Öcalan v. Turkey Application no. 46221/99 Judgement Strasbourg 12 May 2005.

Case of Rohde v. Denmark Application no. 69332/01 Judgement Strasbourg 21 July 2005.

Case of Ramirez Sanchez v. France Application no. 59450/00 Judgement Strasbourg 4 July 2006.

Case of Slawomir Musial v. Poland Application no. 28300/06 Judgement Strasbourg 20 January 2009.

Case of Babar Ahmad and Others v. The United Kingdom Application nos. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 and 67354/09 Judgement Strasbourg 10 April 2012.

Rundskriv

Rundskriv G-115/92 ved Sosialdepartementet og Justis- og politidepartementet.

Bøker

- Andenæs, Johs., Matningsdal, Magnus og Rieber – Mohn, Georg Fredrik, *Alminnelig Strafferett*, 5. utgave, 3. opplag, Oslo 2009.
- Andenæs, Johs og Myhrer, Tor-Geir, *Norsk straffeprosess*, 4. utgave, Oslo 2009.
- Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utgave, Oslo 2009.
- Council of Europe, *Yearbook of the European Convention on Human Rights, The Greek Case*, Dordrecht 1969.
- Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E., *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001.
- Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 2. utgave, Oslo 2006.
- Fliflet, Arne, *Kongeriket Norges grunnlov: grunnloven med kommentarer*, Oslo 2005.
- Hauge, Ragnar, *Straffens begrunnelser*, Oslo 1996.
- Hagerup, Francis, *Strafferettens almindelige del*, 3. utgave, Oslo 1930.
- Høyer, Georg og Dalgard, Odd Steffen, *Lærebok i rettspsykiatri*, Oslo 2002.
- Jacobsen, Jørn RT, *Dom på overføring til tvungent psykisk helsevern – Straffeloven § 39*, Bergen 2004.
- Lorenzen, Peer, Christoffersen, Jonas, Holst-Christensen Nina, Kessing, Peter Vedel, Schamburg-Müller, Sten og Vedsted-Hansen, Jens, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, 3. udgave, København 2011.
- Lødrup, Peter og Asland, John, *Oversikt over erstatningsretten*, 7. utgave, Oslo 2011.
- Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Bergen 2004.
- Nygaard, Nils, *Skade og ansvar*, 6. utgåve, Bergen 2007.
- Rosenqvist, Randi, *Rettspsykiatri – en introduksjon*, Oslo 2009.
- Rosenqvist, Randi og Rasmussen, Kirsten, *Rettspsykiatri i praksis*, 2. utgave, Oslo 2004.
- Schlegel, John Friedrik Vilhelm, *Astræa: et tidsskrift*, København, 1 (1797) – 5 (1805).
- Slettan, Svein og Øie, Toril Marie, *Forbrytelse og straff*, Oslo 2001.
- Storvik, Birgitte Langset, *Straffegjennomføring etter lov av 18. mai 2001 nr. 21*, 2. utgave, Kristiansand 2011.
- Strandbakken, Asbjørn, *Uskyldspresumsjonen: In dubio pro reo*, Bergen 2003.
- van Dijk, Pieter, van Hoof, Fried, van Rijn, Arjen, Zwaak, Leo m.fl., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th edition, Antwerpen 2006.
- Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter – En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatningen og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 3. utgave, Bergen 2011.

Artikler

Jacobsen, Jørn, "Om begrepet 'juridisk metode", *Jussens venner nr. 6*, 2003 s. 360-375.

Johansen, Jon Petter Rui, "Det materielle straffebegrepet i den europeiske menneskerettighetskonvensjon", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2005 s. 294-369.

Rosenqvist, Randi, "Utilregnelighetsregelen – moden for revisjon?", *Tidsskrift for Den norske legeforening*, 2012 s. 843-844.

Internasjonale konvensjoner

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome 4 November 1950.

Vienna Convention on the Law of Treaties Done at Vienna on 23 May 1969.

Annet

Recommendation No. R (83) 2, Adopted by the Committee of Ministers on 22 February 1983 at the 356th meeting of the Minister's Deputies.

Brev fra Justisdepartementet v/statsråden til justiskomiteen, datert 29. februar 1996.

Retningslinjer til lov om gjennomføring av straff mv (straffegjennomføringsloven) og til forskrift til loven fastsatt av Kriminalomsorgens sentrale forvaltning 16. mai 2002.

Recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules (Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers Deputies).

Internett

<http://www.civita.no/2012/04/26/vi-har-glemt-hvorfor-vi-straffer>

[http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage EN](http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage_EN)

<http://www.regjeringen.no>